



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Samværsrett etter omsorgsovertakelse

Analyse av nyere rettspraksis fra den europeiske menneskerettsdomstol

Lizett Nathalie Persen

Masteroppgave i Rettsvitenskap JUR-3902 juni 2020



Innholdsfortegnelse

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | Innledning | 1 |
| 1.1 | Tema, problemstilling og aktualitet | 1 |
| 1.2 | Fremstillingen videre | 2 |
| 2 | Metode og rettskildebilde | 2 |
| 2.1 | Det rettslige grunnlag for samværsrett..... | 3 |
| 2.2 | Grunnloven og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon | 4 |
| 2.3 | Hvordan skal de nasjonale domstolene forholde seg til EMK og i hvilken grad kan EMD overprøve de nasjonale domstolers vurderinger?..... | 5 |
| 3 | Grunnleggende prinsipper ved avgjørelsen av samværsrett | 8 |
| 3.1 | Innledende bemerkninger..... | 8 |
| 3.2 | Legalitetsprinsippet..... | 8 |
| 3.3 | Hensynet til barnets beste | 9 |
| 3.4 | Det biologiske prinsipp | 11 |
| 3.5 | Det mildeste inngreps prinsipp | 13 |
| 4 | Hva kan utledes av de nye EMD avgjørelsene mot Norge vedrørende samværsrett? | 14 |
| 4.1 | Innledende bemerkninger..... | 14 |
| 4.2 | Tidligere samværspraksis i norsk rett | 15 |
| 4.3 | Analyse av EMDs dommer- hva kan utledes av EMDs samværspraksis? | 17 |
| 4.3.1 | Faktum og presentasjon av avgjørelsene | 17 |
| 4.4 | Hvordan vurderer EMD forholdet mellom hensynet til barnets beste og foreldrenes interesser? | 27 |
| 4.5 | Hvordan vurderer EMD forholdet mellom hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp? | 29 |
| 4.6 | Hvilken betydning har omsorgsovertakelsens lengde og målet om gjenforening for vurderingen samværets omfang i EMDs avgjørelser? | 31 |
| 4.7 | Kan det i lys av EMDs avgjørelser oppstilles en terskel for nektelse av samvær?.. | 36 |

| | | |
|-------|--|----|
| 4.8 | Hvilke krav stiller EMD til saksbehandlingen der det er tale om et samvær av begrenset omfang? | 37 |
| 4.9 | Hvordan stiller analysen seg i forhold til de nylig avsagte avgjørelsene i Høyesteretts storkammer?..... | 40 |
| 4.9.1 | Høyesteretts syn på balanseringen av det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste..... | 41 |
| 4.9.2 | Høyesteretts syn på samværets omfang og terskelen for samværsnekt | 41 |
| 4.9.3 | Høyesteretts syn på saksbehandlingen og kravet til begrunnelse | 42 |
| 5 | Avslutning..... | 43 |
| 5.1 | Konklusjon- danner dette grunnlag for at det må foretas en endring i norsk samværspraksis? | 43 |
| 5.2 | Rettspolitiske betraktninger | 44 |
| 5.2.1 | Står prinsippet om barnets beste sterkere i nasjonal rettspraksis, enn i EMDs rettspraksis?..... | 44 |
| 5.2.2 | Kan vi akseptere at Norge er bundet av en rettstradisjon som sier at barnets beste ikke skal være avgjørende?..... | 46 |
| | Kildeliste | 47 |

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Temaet for avhandlingen er barn og foreldres rett til samvær etter omsorgsovertakelse.

Avhandlingen er en rettsdogmatisk undersøkelse av gjeldende rett i lys av nasjonal rettspraksis og praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol (heretter EMD).

Avhandlingen tar utgangspunkt i den rekken av dommer ved EMD som har falt i den senere tid, vedrørende samværsrett, der Norge er dømt for brudd på Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). I løpet av en periode på fem år er 36 barnevernssaker tatt inn til behandling i EMD.¹ Frem til nå har EMD behandlet ni saker, Norge er frifunnet i to og dømt i syv av disse. De syv sakene berører samværsretten i ulik grad, og det er en analyse av disse dommene som danner avhandlingens hoveddel. Avhandlingens problemstilling er hvorvidt norsk praksis i samværssaker må endres som følge av de nylig avsagte avgjørelsene fra EMD vedrørende samværsrett.

Dommene er hyppig omtalt i media, og har skapt stor debatt i samfunnet. Temaet er dermed svært dagsaktuelt. Et annet moment som gjør temaet særlig aktuelt er at Høyesterett har vedtatt å behandle tolv barnevernssaker i storkammer.² Tre av disse sakene berører spørsmålet om samværsrett og hvordan Norge skal forholde seg til EMD, og har dermed stor betydning for avhandlingens tema. Disse avgjørelsene ble avsagt som én dom og to kjennelser den 27. april 2020³. Avgjørelsene ble avsagt langt ut i arbeidet med denne avhandlingen og vil av den grunn ikke bli behandlet inngående, men det vil likevel gis en kort redegjørelse for disse avslutningsvis.

Spørsmålet om samværsrett er aktuelt etter at omsorgen for et barn er overført fra barnets biologiske foreldre til barnevernet eller fosterforeldre. Selv om barn og foreldre av ulike grunner ikke bor sammen, har det rett til å tilbringe tid med hverandre.⁴

¹ <https://www.dagbladet.no/nyheter/emd-kjor-mot-norske-tvangsadopsjoner/72173782> (sist lest 8.mai 2020).

² Se HR-2019-1952-J.

³ Jf. HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

⁴ Lena Bendiksen og Trude Haugli, *sentrale emner i barneretten*, 3 utgave, Oslo 2018. (Heretter Bendiksen og Haugli) s. 234.

Avhandlingen avgrenses til de biologiske foreldrenes samværsrett, etter at barnevernet har overtatt omsorgen for barnet, ved omsorgsovertakelse. Samværsrett for øvrige familiemedlemmer faller således utenfor. Spørsmålet om samværsrett etter omsorgsovertakelse aktualiserer en rekke rettskilder. Det er imidlertid kun de rettskildene som har direkte betydning for problemstillingen og domsanalysen som vil bli behandlet. Barnets rett til å bli hørt og barnets rett til medvirkning spiller en viktig rolle i saker vedrørende samvær. Dette er imidlertid ikke problematisert i avgjørelsene som danner grunnlag for avhandlingen. Det virker som at det er samsvar mellom norsk rettspraksis og EMDs rettspraksis på dette punkt, dette faller dermed utenfor avhandlingens kjerne.

1.2 Fremstillingen videre

Innledningsvis i kapittel 2 vil de mest sentrale rettskildene i samværsretten behandles. Deretter vil det redegjøres for de metodiske utfordringene som oppstår i avhandlingen. Herunder de sentrale tolkningsprinsippene i EMK-retten; det dynamiske prinsipp, subsidiaritetsprinsippet og de nasjonale domstolenes skjønnsmargin. I metodekapittelet vil det også redegjøres for hvordan de nasjonale domstolene skal forholde seg til EMK.

De grunnleggende barnevernrettslige prinsippene spiller en sentral rolle i analysen av de nylig avsagte EMD dommene, disse blir behandlet i kapittel 3. I kapittel 4 blir avhandlingens sentrale kjernesporsmål behandlet. Kapittelet inneholder en domsanalyse, og starter med en kort gjennomgang av hvordan nasjonal rettspraksis har vært frem til i dag, før det i punkt 4.4 til 4.8 foretas en analyse av de nylig avsagte avgjørelsene i EMD vedrørende samværsrett. Underveis i arbeidet med denne avhandlingen avsa Høyesterett to kjennelser og én dom i storkammer, av stor betydning for avhandlingen. Disse vil gjennomgå i kapittel 4.9. I kapittel 5.1 vil avhandlingens problemstilling konkluderes. Funnene i analysen har resultert i rettspolitiske problemstillinger. Disse vil behandles avslutningsvis i avhandlingens kapittel 5.2.

2 Metode og rettskildebilde

Avhandlingen er en rettsdogmatisk undersøkelse. Det innebærer at avhandlingens formål er å besvare problemstillingene i lys av gjeldende rett, ved bruk av alminnelig juridisk metode. Oppgaven plasseres rettslig sett under barneretten, som barnevernretten er en del av. Menneskerettighetene er en sentral del av avhandlingen, og det kan sies at avhandlingen er en barnevernrettslig oppgave i et menneskerettighetsperspektiv. Dette medfører at både nasjonale

og internasjonale rettskilder kommer til anvendelse. Det oppstår dermed en rekke metodiske spørsmål til anvendelsen av de internasjonale rettskildene. Et metodisk spørsmål knytter seg til hvordan de nasjonale domstolene skal forholde seg til EMK. Et annet dreier seg om hvordan de nasjonale domstolene skal forholde seg til EMD. Herunder oppstår det spørsmål om i hvor stor utstrekning de nasjonale domstolene kan foreta egne skjønnsmessige vurderinger, uten at EMD vil overprøve disse. Før disse spørsmålene besvares er det hensiktsmessig å foreta en gjennomgang av de mest relevante rettskildene som gjør seg gjeldende ved vurderingen av samværsrett.

2.1 Det rettslige grunnlag for samværsrett

Det rettslige grunnlaget for samværsretten fremkommer av lov 17 juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (heretter bvl.) §4-19, der første ledd lyder: *«barn og foreldre har som utgangspunkt rett til samvær med hverandre»*. Dette danner hovedregelen for samværsretten. Videre følger det av annet ledd at: *«Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Fylkesnemnda kan også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er»*. Ordlyden i annet ledd henviser indirekte til prinsippet om barnets beste, som er et av de grunnleggende hensyn som må ivaretas i samværssaker.

I femte ledd er det fastsatt en sperre for hvor hyppig en part kan kreve at fylkesnemnda behandler spørsmålet om samværsrett, dersom samværsretten tidligere er behandlet i fylkesnemnda eller domstolene. Sperrefristen gjelder i 12 måneder, og betyr at det må ha gått minimum 12 måneder før en part på ny kan kreve behandling av samværsspørsmålet i fylkesnemnda eller domstolene.

Det fremkommer av lovforarbeidene at det ved fastsettelsen av samvær må tas hensyn til at det kan være verdifullt for barnet å ha kontakt med sine biologiske foreldre. Lovforarbeidene påpeker dernest at bestemmelsen gir uttrykk for *retten* til samvær, og at barnevernet står fritt til å fastsette et fleksibelt samvær og i større omfang, så fremt dette er i tråd med fylkesnemndas vedtak.⁵

⁵ Jf. ot prp. nr. 44 (1991-1992) på side 113 og 114.

2.2 Grunnloven og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

Et inngrep i samværet mellom barn og foreldre, må være i tråd med menneskerettighetene nedfelt i Grunnloven og EMK. Staten, inkludert de nasjonale domstolene har en positiv plikt til å sikre menneskerettighetene i norsk rett, jf. Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter GrL.) §92.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) er inkorporert i menneskerettsloven⁶ §2 og har ved motstrid forrang for annen lovgivning, jf. §3. Et inngrep i de biologiske bånd mellom barn og foreldre må avstemmes mot EMK artikkel 8. Bestemmelsen (nr. 1 og 2) lyder:

1. *«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.»*
2. *«Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter».*

Bestemmelsen oppstiller en hovedregel om retten til familieliv. En omsorgsovertakelse og en regulering av samværet, er et inngrep i barnets og foreldrenes rett til familieliv. Ordlyden tilsier at for at staten skal kunne gripe inn i EMK artikkel 8, må inngrepet ha hjemmel i lov, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig.⁷ Ordlyden *«nødvendig i et demokratisk samfunn»* gir uttrykk for forholdsmessighetsprinsippet. Analysen av EMDs avgjørelser senere i avhandlingen viser at det ofte er forholdsmessighetsprinsippet som danner vurderingstemaet for hvorvidt fylkesnemnda og de nasjonale domstolenes vedtak er i samsvar med EMK. Det kan relativt raskt påvises hvorvidt lovkravet er oppfylt. Det samme gjelder hvorvidt vedtaket er i samsvar med artikkelens formål, f.eks. beskyttelse av barns liv og helse.

⁶ Jf. lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter menneskerettsloven)

⁷ Jens Edvin A. Skoghøy, *rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018 s. 191.

Forholdsmessighetsprinsippet fordrer imidlertid en mer kompleks vurdering. Her vil også statenes skjønnsmargin gjøre seg gjeldende, dette vil det redegjøres nærmere for i kapittel 2.3.

Et inngrep i familielivet er i tillegg beskyttet av Grl. §102, som er ekvivalent med EMK artikkel 8. Dette vil si at barneverntjenesten og fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker (heretter fylkesnemnda) har en plikt til å sørge for at et vedtak om samvær mellom barn og foreldre er i tråd med Grl. §102 og EMK artikkel 8.

Det vil foretas en nærmere redegjørelse for de øvrige relevante rettskilder for samværsretten under avhandlingens kapittel 3.

2.3 Hvordan skal de nasjonale domstolene forholde seg til EMK og i hvilken grad kan EMD overprøve de nasjonale domstolars vurderinger?

Kjernen i avhandlingen er hvordan de nasjonale domstolene skal forholde seg til de nylig avsaatte avgjørelsene fra EMD om samværsrett. Det må derfor redegjøres for metoden i EMK-retten, herunder hvordan de nasjonale domstolene skal tolke EMK og hvilken betydning EMDs avgjørelser har for nasjonal rett.

Ved tolkningen av EMK har EMD lagt to grunnleggende tolkningsfaktorer til grunn. EMD har for det første lagt til grunn at konvensjonen er: «*a living instrument, which... must be interpreted in the light of present- day conditions*».⁸ EMD gir her uttrykk for det dynamiske tolkningsprinsipp og at EMD vil tolke EMK i lys av de samfunnsforhold som gjelder til enhver tid.

Den andre faktoren EMD har lagt til grunn i sin tolkning, er de nasjonale statenes skjønnsmargin. Det går ut på at nasjonalstatene, og herunder de nasjonale domstolene gis et visst tolkningsrom ved vurderingen av hvorvidt staten har oppfylt sin positive forpliktelse til å sikre menneskerettighetene.⁹ Det vil si at i samværssaker må EMD til en viss grad lytte til de norske domstolenes egen vurdering av hvorvidt et inngrep i retten til familieliv (som samværsvedtaket presenterer) er i samsvar med EMK artikkel 8. Hensikten med den nasjonale skjønnsmarginen, er at EMD skal avstå fra å overprøve nasjonalstatenes avgjørelser i detalj,

⁸ Jf. EMDs dom 25. april 1978, *Tyrer mot Storbritannia*, avsnitt 31. Se også EMDs dom 11. juli 2002, *Christine Goodwin mot Storbritannia*, som er illustrerende for det dynamiske prinsipp.

⁹ Jf. Jørgen Aall, *rettsstat og menneskerettigheter* 5. utgave, Bergen 2018 (heretter Aall) s.154.

dersom myndighetene har sørget for en samvittighetsfull balansering av essensielle EMD kriterier nasjonalt.¹⁰

Et prinsipp som henger nært sammen med de nasjonale domstolenes skjønnsmargin, er subsidiaritetsprinsippet. Prinsippet går ut på at avgjørelser skal tas nærmest mulig de berørte parter, men likevel på et så høyt nivå at formålet med avgjørelsen oppnås. Tanken bak subsidiaritetsprinsippet er at det er de nasjonale domstoler som bærer ansvaret for gjennomføringen av EMK-retten, og at EMD kun skal gripe inn dersom det fremstår nødvendig for at formålet med en EMK artikkel skal oppnås. EMDs rolle er slik sett subsidiær.¹¹

Hvor stor skjønnsmargin EMD tillegger statene beror på flere faktorer. En faktor er hvilken rettighet det dreier seg om og hvor tyngende inngrepet er, dess mer tyngende et inngrep er, dess mindre vil skjønnsmarginen være. Det har også betydning hvor grundig de nasjonale domstolene har vurdert konvensjonsmessigheten av inngrepet.¹² En annen faktor knytter seg til inngrepssituasjonen. I enkelte saker vil nærheten til omgivelsene ha stor betydning. Dette har særlig relevans for vurderingen av omsorgsovertakelse og samværsrett, og spesielt der det er tale om å treffe akuttvedtak. Hvorvidt det foreligger en europeisk standard vil også ha betydning for hvor vid skjønnsmargin konvensjonsstatene gis, dersom én oppfatning blir utbredt, vil statenes skjønnsmargin innsnevres. Hvilket formål inngrepet vil beskytte, har også betydning.¹³

Hvor vid skjønnsmargin de nasjonale domstolene er tilkjennegitt i saker vedrørende samværsrett, kan illustreres av EMDs dom av 7. august 1996, *Johansen mot Norge*, også kjent som Adele-saken. EMD uttalte i avsnitt 64, at den nasjonale skjønnsmarginen «*will vary in the light of the nature of the issues and the seriousness of the interests at stake...*» EMD la

¹⁰ <https://www.nhri.no/menneskerettighetene/den-europeiske-menneskerettighetsdomstolen/> (sist lest 3.april.2020)

¹¹ Jf. Ola Johan Settem, «*Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten*», Jussens venner 03/2016 avsnitt 2.

¹² Jf. Aall s. 155 og 156.

¹³ Jf. Aall s. 157 og 158.

deretter til grunn at de nasjonale domstolene anerkjennes en vid skjønnsmargin ved vurderingen av hvorvidt en omsorgsovertakelse er nødvendig i lys av EMK artikkel 8.

Ved mer inngripende tiltak enn det som følger av en omsorgsovertakelse, la EMD i samme avsnitt til grunn at: “...a stricter scrutiny is called for both of any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights and access, and of any legal safeguards designed to secure and effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such further limitations entail the danger that the family relations between the parents and a young child are effectively curtailed”. EMD sier med dette at den nasjonale skjønnsmarginen innskrenkes i tråd med inngrepets styrke. Det er med andre ord lite rom for skjønnsmargin når det gjelder inngrep som sterkt begrenser kontakten mellom barn og de biologiske foreldrene. Dette får særlig betydning i de tilfellene det er tale om samværsnekt, eller der samværet er begrenset til noen få ganger per år.

Spørsmålet etter dette er hvordan de norske domstolene skal forholde seg til EMK og EMD. Böhler-dommen sier noe om hvordan norske domstoler skal forholde seg til EMK¹⁴. I dommen la førstvoterende til grunn at de norske domstolene i utgangspunktet skal tolke EMK slik EMD tolker EMK, men at det er EMDs oppgave å utvikle konvensjonen i tråd med det dynamiske prinsipp. De nasjonale domstolene må dermed basere tolkningen av EMK på konvensjonsteksten, formålsbetraktninger og EMDs rettspraksis, i tråd med alminnelig folkerettslig metode og Wienkonvensjonen om traktatretten art. 31-33.¹⁵

Böhler-dommen sier også noe om hvilken vekt EMDs rettspraksis har ved tolkningen av EMK, og hvordan de nasjonale domstolene skal forholde seg til en EMD dom i tilfeller der det hersker tvil om dommens rekkevidde. Vedrørende dette, uttalte førstvoterende at:

«når det oppstår tvil om rekkevidden av EMDs avgjørelser, vil det være av betydning om disse bygger på et saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol. I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser

¹⁴ Jf. Rt. 2000 s. 996.

¹⁵ Se s. 1007.

eller verdier mot hverandre, må norske domstoler- innenfor den metode som anvendes av EMD- også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer.»¹⁶

Høyesterett legger med dette til grunn at det er EMD som fastlegger ytterrammene for tolkningen av EMK. De nasjonale domstolene kan innenfor disse rammene legge vekt på verdiprioriteringer som følger av norsk rett så fremt det vil være i tråd med EMDs metode. Dette gjelder særlig dersom faktum i saken som er til behandling i de norske domstolene er annerledes enn det faktumet som lå til grunn i en EMD dom.

3 Grunnleggende prinsipper ved avgjørelsen av samværsrett

3.1 Innledende bemerkninger

Ved avgjørelsen om retten til samvær, står fire grunnleggende prinsipper sentralt. Prinsippene er av ulik karakter og utformet med sikte på å beskytte ulike rettigheter eller ulike aspekter av en rettighet. Hensynet til barnets beste, det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp anses i utgangspunktet som kompatible størrelser i norsk rett. I enkelte tilfeller vil disse prinsippene imidlertid stå i strid med hverandre. I slike situasjoner må domstolene foreta en balansert avveining av prinsippene.

I lys av de nylig avsagte avgjørelsene i EMD vedrørende samværsrett, har det oppstått spørsmål om de nasjonale domstolene og EMD vektlegger disse prinsippene ulikt, og hvorvidt dette er én av årsakene til at Norge er dømt for brudd på menneskerettighetene i disse sakene.

3.2 Legalitetsprinsippet

Prinsippet er grunnlovsfestet i Grl. §113, hvor det følger at ethvert inngrep krever hjemmel i lov. Dette betyr at alle inngrep barneverntjenesten, fylkesnemnda eller de nasjonale domstolene foretar, må hjemles i en lovbestemmelse.

EMKs lovkrav kommer til uttrykk i flere av konvensjonens artikler. I artikkel 8 nr. 2 brukes formuleringen at inngrepet må være «*in accordance with the law*». En lignende formulering fremkommer av FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) artikkel 9, der

¹⁶ Jf. s. 1007 og 1008.

det oppstilles krav om at et inngrep i familielivet er “*in accordance with applicable law and procedures*”.

Formålet med å oppstille et slikt lovkrav er å sikre rettsikkerhet og forutberegnelighet for barnet og dets biologiske foreldre. Dette har stor betydning særlig i saker vedrørende samværsrett, der en av konsekvensene ofte vil være at familiebandene svekkes eller opphører i sin helhet.

I norsk rett er det stilt opp et strengere lovkrav enn det som følger av EMK; formell lov må ligge til grunn ved ethvert inngrep, både strafferettslig og forvaltningsrettslig.¹⁷ For vedtak vedrørende samværsrett, oppfylles lovkravet gjennom bvl. §4-19. Det betyr at samværsvedtaket må kunne hjemles i denne bestemmelsen for at legalitetsprinsippet skal anses oppfylt.

3.3 Hensynet til barnets beste

Det prinsippet som er tillagt størst betydning, men som imidlertid har vært opphav til mange stridigheter både i EMK-retten og nasjonal rett, er hensynet til barnets beste. Ved grunnlovsreformen i 2014 ble hensynet inntatt i Grl. §104 annet ledd. Av bestemmelsen fremgår at barnets beste skal tjene som et grunnleggende hensyn i avgjørelser som berører barn. Det samme utgangspunktet følger også av barnekonvensjonen artikkel 3 nr.1. Prinsippet kommer også til uttrykk i barnekonvensjonen artikkel 9 nr.1.¹⁸

FNs barnekomité har utgitt generelle kommentarer vedrørende tolkningen av barnekonvensjonen.¹⁹ I generell kommentar nr.14 deler barnekomitéen prinsippet inn i tre deler. Den første delen går ut på at prinsippet er en selvstendig rettighet. I den andre delen tilskrives prinsippet betydning som et tolkningsprinsipp. Det betyr at dersom det oppstår tvil om tolkningen av en lovbestemmelse, skal den tolkningen som mest effektivt ivaretar hensynet til barnet velges. Den tredje delen oppstiller en prosedyreregulering om at beslutningsprosessen må inneholde en avveining av ulike interesser. I begrunnelsen av et

¹⁷ Jørgen Aall s. 115.

¹⁸ Barnekonvensjonen artikkel 9 vil redegjøres nærmere for under kapittel 3.4.

¹⁹ Jf. <https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/fns-barnekonvensjon/generelle-kommentarer-fra-fns-barnekomite/id573909/> (sist lest 31.mai 2020)

vedtak må det tydelig fremkomme at det er foretatt en balansert avveining av hensynet til barnets beste.²⁰

Prinsippet er direkte inntatt i bvl. §4-1 hvor det følger at: *«det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til det beste for barnet. Herunder skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.»*

Ved vedtakelsen av barnevernloven av 1992 ble prinsippets rettskildemessige vekt nærmere presisert. Prinsippet om barnets beste var i barnevernloven av 1953 inntatt i §17 annet ledd. Bestemmelsen var formulert slik: *«Når helse- og sosialstyret skal avgjøre hvilke åtgjerder som skal tas, skal det holde seg barnets beste for øye»*.²¹ Bestemmelsens ordlyd ble ansett som svak, og regjeringsadvokaten påpekte i en høringsuttalelse at det var uheldig at den kun gav uttrykk for at barnets beste skulle tillegges vekt. Ordlyden ble dermed endret til at prinsippet skal tillegges avgjørende vekt.²²

Prinsippets innhold ble også utviklet ytterligere ved vedtakelsen av 1992 loven, ved at det ble understreket at hensynet til stabilitet og kontinuitet i omsorgen, skal spille en sentral rolle i vurderingen av prinsippet. I forarbeidene er det også påpekt at barnets rett til å bli hørt er av vesentlig betydning ved vurderingen av hva som er til det beste for barnet.²³

Ved samværsvurderingen vil prinsippet i enkelte tilfeller stå i strid med hensynet til foreldrene. I disse tilfellene medfører bvl. §4-1 at hensynet til barnets beste skal tillegges avgjørende vekt. Dette er også lagt til grunn i lovforarbeidene, hvor det fremkommer at: *«Der det er motsetninger mellom barnets behov for trygghet og omsorg, og foreldres behov og ønsker, må barnets behov settes foran foreldrenes.»*²⁴

Prinsippet kommer ikke direkte til uttrykk i EMK, men er et grunnleggende hensyn som skal vektlegges i vurderingen av om et samværsvedtak er forholdsmessig etter EMK artikkel 8.

²⁰ General Comment no 14, avsnitt 6.

²¹ Jf. lov 17.juli 1953 om barnevern (opphevet ved vedtakelsen av barnevernloven av 1992).

²² Jf. Ot.prp. nr.44 (1991-1992) s.28.

²³ Prop 106 L (2012-2013) s.210.

²⁴ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) «Om lov om endringer i barnevernloven» s. 6.

Prinsippet er tillagt stor vekt i EMDs praksis. Her kan det imidlertid gjøres en interessant sammenlikning med norsk rett. Mens prinsippet er tillagt avgjørende vekt i norsk rett, la EMD i storkammerdommen Strand Lobben til grunn at prinsippet etter EMDs mening er «*of paramount importance*».²⁵ En slik sammenlikning kan indikere at prinsippet har et annet utgangspunkt ved vurderingen i norsk rett, enn i EMK-retten. Dette vil jeg imidlertid komme tilbake til under analysedelen, senere i avhandlingen.

Legalitetsprinsippet og hensynet til barnets beste er imidlertid ikke de eneste prinsippene som må vektlegges ved vurderingen av samværsrett.

3.4 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp går ut på at det beste for et barn i utgangspunktet er å vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dersom dette ikke lar seg gjøre, skal familien likevel ha kontakt med hverandre.²⁶ Prinsippet kommer til uttrykk i en rekke av barnevernrettens rettskilder. Ved grunnlovsreformen i 2014, ble prinsippet inntatt i Grl. §104 tredje ledd. Bestemmelsen ilegger myndighetene en plikt til å legge til rette for at barnet kan utvikle seg trygt, i første rekke i sin egen familie.

Prinsippet følger videre av Grl. §102 og EMK artikkel 8 nr.1 gjennom en stadfesting av retten til respekt for familielivet. I barnekonvensjonen kommer prinsippet til uttrykk i artikkel 7 nr.1 og artikkel 9 nr. 3. Barnekonvensjonen artikkel 7 nr.1 stadfester barnets rett til å motta omsorg fra sine foreldre. I den utstrekning det lar seg gjøre, uten at det vil være i strid med barnets beste. I artikkel 9 nr.1 ilegges myndighetene en plikt til å sørge for at et barn ikke skilles fra sine foreldre ufrivillig, med mindre en adskillelse vil være til det beste for barnet.

Både artikkel 7 nr.1 og artikkel 9 nr. 3 tar forbehold om at et vedtak må være i tråd med hensynet til barnets beste. Dette sier noe om den rettskildemessige vekten av prinsippene. I utgangspunktet skal både barnets beste og det biologiske prinsipp tillegges vekt. I de tilfeller der prinsippene kommer i konflikt med hverandre, legger imidlertid barnekonvensjonen til grunn at det er hensynet til barnets beste som skal gis forrang i vurderingen.

²⁵ Jf. avsnitt 204.

²⁶ Jf. Bendiksen og Haugli s. 178.

Det biologiske prinsipp er ikke spesifikt nevnt i barnevernloven, men kommer indirekte til uttrykk i bvl. §4-19, der det av første ledd følger at barn og foreldre som et utgangspunkt har rett til samvær med hverandre.

I lovforarbeidene ble det ved utredningen av prinsippet vist til sosiallovutvalgets utredning fra 1985. Sosiallovutvalget la til grunn at utgangspunktet er at foreldrene selv sørger for sine barn. Deretter ble det lagt til grunn at *«det er alminnelig akseptert at det generelt er et gode for barnet å ha kontakt også med de biologiske foreldre, og dette bør være lovens utgangspunkt»*.²⁷

Lovforarbeidene har imidlertid også gitt uttrykk for at det i samværssaker kan oppstå et spenningsforhold mellom hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp. Av lovforarbeidene følger at: *«Når foreldre ikke innehar ressurser til å skape forutsigbarhet og stabilitet for barnet må det biologiske prinsipp vike for barnets beste.»*²⁸ Her presiseres at dersom det oppstår motstrid mellom det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste, vil sistnevnte tillegges avgjørende vekt.

En slik oppfatning er også lagt til grunn i rettspraksis. I dommen inntatt Rt. 2011 s. 1439 avsnitt 40 uttalte Høyesterett at: *«Etter min oppfatning etterlater loven og dens forarbeider ingen tvil om at det skal legges vekt på biologisk tilknytning, men at dette bare er ett av flere momenter i den konkrete totalvurdering av barnets beste. Er det tvil om hvilken løsning som er best for barnet, bør den gjenlevende av foreldrene få foreldreansvaret. Men hensynet til biologisk tilknytning må vike dersom andre forhold samlet sett gjør at barnet vil bli bedre stilt om andre overtar foreldreansvaret.»*

Det kan etter dette trekkes den slutning at det biologiske prinsipp har stor vekt i norsk barnevernsrett. Prinsippet antas normalt sett å ikke komme i konflikt med barnets beste, fordi det normalt anses å være til barnets beste å vokse opp hos sine foreldre. Dersom dette imidlertid ikke er mulig anses det i utgangspunktet som det beste for barnet å ha kontakt med sine foreldre gjennom samvær. I enkelte tilfeller vil det likevel oppstå en konflikt mellom

²⁷ Jf. NOU 2012:5. Bedre beskyttelse av barns utvikling. avsnitt 4.6.7 på s.42.

²⁸ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) «Om lov om endringer i barnevernloven» s. 6.

prinsippene og i disse tilfellene vil prinsippet om barnets beste måtte tillegges avgjørende vekt.

I de nylig avsatte avgjørelsene i EMD mot Norge, er vektingen av det biologiske prinsipp et sentralt moment ved vurderingen av om Norge har brutt menneskerettighetene. Hvilken vekt EMD tillegger prinsippet, sammenliknet med de nasjonale domstolene er et av momentene som vil drøftes senere i avhandlingen.

Det biologiske prinsipp har en nær sammenheng med det fjerde og siste grunnleggende prinsippet i barnevernretten; det mildeste inngreps prinsipp. Barnevernombudet påpekte i lovforarbeidene²⁹ at det har stor verdi for et barn å vokse opp med sine foreldre, og at dersom det er mangler i foreldrenes omsorgsevne bør muligheten for hjelpetiltak vektlegges. Dette sier noe om betydningen av det biologiske prinsipp, men viser også sammenhengen til det mildeste inngreps prinsipp.

3.5 Det mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp går ut på at det ikke skal iverksettes mer inngripende tiltak enn nødvendig.³⁰ Prinsippet fremkommer direkte av bvl. §4-12 annet ledd, som lyder: *«et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter §4-4 eller ved tiltak etter §4-10 eller §4-11.»*

Ordlyden tilsier at før en omsorgsovertakelse kan besluttes, må mindre inngripende tiltak være vurdert, og omsorgsovertakelsen kan kun vedtas dersom slike tiltak ikke vil kunne gi et tilfredsstillende resultat. Ordlyden stiller med andre ord ikke krav til at et hjelpetiltak er forsøkt.

Det mildeste inngreps prinsipp har en nær sammenheng med forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 nr.2. Artikkelen krever at det tiltaket som anvendes ikke vil medføre et

²⁹ Jf. NOU 2012:5. «Bedre beskyttelse av barns utvikling, Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet» s. 214.

³⁰ Jf. Bendiksen og Haugli s. 178.

større inngrep enn det formålet tilsier.³¹ Dette er selve kjernen i det mildeste inngreps prinsipp.

I samværssaker, kommer prinsippet særlig på spissen i saker der det er tale om nektelse eller innskrenking av samværet, som følge av manglende samværskompetanse hos foreldrene. Slike saker innebærer et brudd på familiebandene, og medfører dermed et alvorlig inngrep i retten til respekt for familielivet. Før det fattes et vedtak om å innskrenke eller nekte samvær, bør det vurderes andre tiltak som kan forbedre situasjonen under samværet. Dette kan eksempelvis være en endring av samværslokasjonen, eller at barnevernet bistår foreldrene med råd og veiledning i forkant av samværet. Dersom det konkluderes med at vilkårene for å nekte samvær ikke foreligger, men det er grunn til å føre kontroll med samværet, er samvær under tilsyn et alternativ.³²

Det må nevnes at barnevernutvalget, i arbeidet med utredning av ny barnevernlov, har foreslått en lovfesting av det mildeste inngreps prinsipp i en ny §4 tredje ledd. forslaget lyder: *«Barnevernstiltak skal ikke være mer omfattende enn det som er nødvendig, og skal gjennomføres så skånsomt som mulig»*.³³ Dersom prinsippet lovfestes vil det føre til at prinsippet styrkes og synliggjøres i større grad.

4 Hva kan utledes av de nye EMD avgjørelsene mot Norge vedrørende samværsrett?

4.1 Innledende bemerkninger

Som nevnt innledningsvis er Norge i løpet av relativt kort tid dømt i syv avgjørelser i EMD. Én av dommene, Strand Lobben m.fl. mot Norge ble tatt inn til behandling i storkammeret med 17 dommere. Denne dommen har fått stor betydning og har trukket opp retningslinjene for de etterfølgende dommene. Det at dommen er avsagt i storkammer tilsier at den har høyere rettskildemessig vekt enn de øvrige dommene som er avsagt i kammer. I og med at avhandlingens hovedspørsmål er hvorvidt Norge bør endre samværspraksisen som følge av de

³¹ Jf. Bendiksen og Haugli s. 177.

³² Jf. Bendiksen og Haugli s. 246.

³³ Jf. NOU 2016: 16 «Ny barnevernslov: Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse» s. 271.

nylig avsagte dommene i EMD, anses det hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til hvordan samværspraksisen i norsk rett har vært frem til i dag.

4.2 Tidligere samværspraksis i norsk rett

Det er gjennom tidene avsagt en rekke avgjørelser om samværsrett etter omsorgsovertakelse i Norge. Høyesterett har i disse avgjørelsene kommet med flere prinsipielle uttalelser vedrørende vurderingen av samværsretten.

Høyesterett slo tidlig fast at ordinær samværsrett etter barneloven³⁴ §44 ikke er utgangspunktet ved avgjørelsen om samvær etter omsorgsovertakelse.³⁵ Av samme dom følger at det ved avgjørelsen av samværets omfang legges til grunn et «*minimumssamvær*» som går ut på at barneverntjenesten kan fastsette samvær av større omfang enn det domstolen har bestemt, men ikke mindre.³⁶

Ved fastsettelsen av samværsrettens omfang har Høyesterett trukket opp noen retningslinjer. Disse retningslinjene kan illustreres av dommen inntatt i Rt.1998 s. 787. Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt barnefar hadde rett til samvær med sin sønn etter omsorgsovertakelse, og i så tilfelle i hvilket omfang. Høyesterett kom til at far hadde rett til et begrenset samvær med sønnen på seks timer en dag hver fjerde måned. Ved fastsettelsen av samværets omfang, tok Høyesterett utgangspunkt i at «*hensynet til stabil og god voksenkontakt for barnet og kontinuitet i omsorgen kan ved omsorgsovertakelse medføre at et mer begrenset samvær må anses for å være til beste for barnet, jf. barnevernloven § 4-1*».³⁷ Høyesterett uttrykker med dette at barnets behov for stabilitet er et tungtveiende moment som det må tas hensyn til ved vurderingen av samværsrettens omfang.

Deretter påpeker Høyesterett, med henvisning til forarbeidene at et annet viktig moment ved spørsmålet om hvilket omfang samværet skal ha, beror på om det er tale om en langvarig eller kortvarig omsorgsovertakelse. Høyesterett legger til grunn at dersom det er tale om kortvarig omsorgsovertakelse er det viktig at den nære kontakten mellom foreldrene og barna ikke brytes, slik at tilbakeføring vanskeliggjøres. I slike tilfeller bør det gis hyppigere samvær med

³⁴ Jf. lov 8.april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

³⁵ Jf. Rt. 1996 s.1684 (på s.1694). Dette ble senere fulgt opp i Rt. 1998 s. 787 (på s.792).

³⁶ s. 1694, jf. Rt. 1998 s. 782 (på s. 793).

³⁷ Jf. side 792.

«...noe lengre varighet».³⁸ Dersom det derimot er tale om en langvarig omsorgsovertakelse og tilbakeføring ikke kan påregnes, eller ligger langt fram i tid, er formålet med samværet at: «...barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til»³⁹.

Dette utgangspunktet ble senere fulgt opp i rettspraksis. I Rt. 2012 s. 1832 (avsnitt 31) la Høyesterett i avgjørelsen vekt på at omsorgsovertakelsen sannsynligvis ville være av langvarig karakter. Høyesterett stadfestet deretter det rettslige utgangspunktet som ble lagt til grunn i Rt. 1998 s. 787, om at i tilfeller der en tilbakeføring ikke kan påregnes, har samværet likevel en verdi.⁴⁰ I hvilket omfang samvær er gitt, varierer i rettspraksis. Høyesterett uttalte i samme dom at det er vanskelig å trekke opp en grense for hvor stort omfang et samvær skal ha. I de saker der det er tale om langvarig plassering, har omfanget av samværsretten vært lagt til tre og seks ganger per år.⁴¹ Høyesterett legger stor vekt på hensynet til stabilitet og kontinuitet i omsorgen til barnet ved vurderingen av samværets omfang. Det vil derfor være til det beste for barnet at samværene ikke forekommer hyppigere enn tre til seks ganger i året.

I saker vedrørende nektelse av samvær, er det lagt til grunn en høy terskel i norsk rettspraksis. I Rt. 2014 s. 976 som er en del av saksgangen i Jansen-saken uttalte Høyesterett i avsnitt 36 at: «med utgangspunkt i EMDs avgjørelser har Høyesterett lagt til grunn at det kreves spesielle og sterke grunner for å nekte samvær». Dette utgangspunktet ble senere opprettholdt i en avgjørelse fra 2017⁴² der Høyesterett i avsnitt 56 uttalte at det kreves: «spesielle og sterke grunner for å nekte samvær».

³⁸ Jf. side 792.

³⁹ Jf. side 792.

⁴⁰ Utgangspunktet ble senere opprettholdt i HR-2017-2015-A (se avsnitt 54).

⁴¹ Jf. Rt. 2012 s. 1832 (avsnitt 37).

⁴² Jf. HR-2017-2015-A (avsnitt 56).

4.3 Analyse av EMDs dommer- hva kan utledes av EMDs samværspraksis?

4.3.1 Faktum og presentasjon av avgjørelsene

4.3.1.1 EMDs dom 10. september 2019, Strand Lobben m.fl. mot Norge

Saken gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon mot den biologiske morens vilje. Mor befant seg i en vanskelig situasjon under graviditeten. Hun hadde pådratt seg en vedvarende hjerneskade under et epileptisk anfall og bodde midlertidig hos sine foreldre. Barnevernet besluttet i samråd med mor, at hun og barnet skulle bo på en familieinstitusjon i tre måneder etter barnet var født. Under oppholdet uttrykte de ansatte ved institusjonen bekymring for mors omsorgsevner, de viste blant annet at barnet hadde gått ned i vekt og veide mindre enn det mor hadde opplyst om i tillegg virket ikke mor å være i stand til å forstå hvordan barnet hadde det. På bakgrunn av dette fattet barnevernet akuttvedtak om midlertidig plassering i fosterhjem. Deretter fikk barnevernet medhold av fylkesnemnda i begjæring om omsorgsovertakelse etter bvl. §4-12 med samvær to timer seks ganger i året. Moren brakte så saken inn for tingretten med påstand om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse. Hun fikk medhold i tingretten, men kommunen anket. Lagmannsretten konkluderte med omsorgsovertakelse og samværsrett på to timer fire ganger i året.

Mors livssituasjon endret seg. Hun giftet seg, flyttet og fikk barn med sin nye ektemann. Mor gikk i dialog med barneverntjenesten med forslag om tilbakeføring, subsidiært en økning av samværet. Barneverntjenesten avsto forslaget og fremmet sak om fratakelse av foreldreansvar mot mors vilje (tvangsadopsjon) og samtykke til at fosterforeldrene kunne adoptere barnet. Kommunen vant frem i fylkesnemnda og tingretten, mors anke til lagmannsretten ble forkastet og saken ble deretter nektet fremmet for Høyesterett.⁴³

Saken ble deretter klaget inn for EMD. Den ble først behandlet i kammer der det ved dissens 4-3 ble konkludert med at det ikke forelå krenkelse av EMK artikkel 8. Saken ble deretter tatt inn til behandling i storkammer.

Det materielle spørsmålet for EMDs storkammer var hvorvidt statens samtykke til adopsjon og fratakelse av foreldreansvar medførte en krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Det var enighet om at vedtaket var et inngrep i retten til familieliv. Spørsmålet for

⁴³ Jf. HR-2012-1956-U.

EMD var om inngrepet var forholdsmessig («*necessary in a democratic society*») etter artikkel 8 annet ledd. Dommerne var uenige og dommen ble avsagt under dissens. Flertallet på 13 dommere konkluderte med at EMK artikkel 8 var krenket, et mindretall på fire dommere dissenterte.

Flertallets dom ble fattet etter en helhetlig vurdering der flere momenter ble tillagt vekt. Domstolen kritiserte tingretten for å ikke ha lagt tilstrekkelig vekt på morens endrede livssituasjon, og at tingretten hadde begrunnet barnets sårbarhet i at mor hadde utvist dårlig omsorgsevne, uten å ta hensyn til hvorfor barnet fremdeles var sårbart etter lang tid i fosterhjem. EMD var kritisk til at det ikke forelå nye undersøkelser av mors omsorgsevne etter at hennes livssituasjon var endret, og at dette medførte at tingretten ikke hadde vurdert omsorgsevnen tilstrekkelig.

Når det gjaldt samværsretten rettet EMD kritikk mot lagmannsrettsdommen av 2010 der samværet ble begrenset. Lagmannsretten hadde begrunnet dommen i at mor og barn hadde hatt lite kontakt og at det sannsynligvis var tale om langvarig omsorgsovertakelse. EMD var også kritisk til at lagmannsretten hadde begrunnet samværet med at barnet skulle få mulighet til å kjenne til sine røtter, EMD mente at dette ikke var i tråd med domstolens praksis, der formålet med samvær er at barnet og de biologiske foreldre skal gjenforenes. EMD pekte også på at myndighetene ikke hadde gjort nok i medhold av sin plikt til å tilrettelegge for en familiegjennforening. Måten samværene var lagt opp på førte til at moren ikke fikk muligheten til å skape en tilknytning til barnet på en avslappende måte. EMD mente at de nasjonale myndighetene kunne endret lokasjonen og innholdet av samværet. På den måten kunne samværet resultert i en bedre opplevelse for partene.

Fordi samværet var så innskrenket, mente EMD at dette ikke tjene som grunnlag for oppfatninger om mors omsorgsevne. Avslutningsvis la EMD vekt på at staten ikke i tilstrekkelig grad hadde balansert barnets interesser (barnets beste) mot den biologiske familiens interesser (det biologiske prinsipp). Dermed konkluderte flertallet av dommerne med at myndighetenes behandling av saken hadde medført en krenkelse av EMK artikkel 8.

4.3.1.2 EMDs dom 19. november 2019, K.O og V.M mot Norge

Den første saken etter storkammeravgjørelsen i Strand Lobben, var K.O og V.M mot Norge. Saken ble behandlet i kammer med syv dommere. Saken gjaldt spørsmål om omsorgsovertakelse og samvær for et fire år gammelt barn. Saken hadde sin opprinnelse i at

mors familie kontaktet barnevernet med en bekymringsmelding samme dag som barnet ble født. Bekymringene knyttet seg til mistanke om vold og rusmisbruk. Mor flyttet på bakgrunn av dette inn på et familiesenter. Da mor uttrykte et ønske om å flytte ut fra senteret, fattet barnevernet akuttvedtak om omsorgsovertakelse i tråd med bvl. §4-12. Fylkesnemnda fattet vedtak om omsorgsovertakelse og foreldrene ble gitt et samvær med barnet på én time, fire ganger i året. Fylkesnemnda la avgjørende vekt på at det var tale om langvarig omsorgsovertakelse. Det ble så anlagt sak for tingretten med påstand om opphevelse av vedtaket om omsorgsovertakelse. Tingretten sluttet seg til Fylkesnemndas vurdering av at omsorgsovertakelsen var langvarig. De var av den oppfatning at et begrenset samvær var til det beste for barnet. Samværet ble fastsatt til to timer, seks ganger i året. Dommen ble deretter anket inn til lagmannsretten, men lagmannsretten besluttet å ikke tillate anken fremmet for ankeforhandling. Deretter ble lagmannsrettens dom anket inn for Høyesterett, men Høyesteretts ankeutvalg forkastet anken.⁴⁴ Da barnet var rundt tre år gammelt ble det tilbakeført til foreldrene.

Tingrettens dom om omsorgsovertakelse og samvær på to timer, seks ganger i året ble deretter klaget inn for EMD. Problemstillingen for EMD var hvorvidt omsorgsovertakelsen og fastsettelsen av det begrensede samværet medførte en krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8.⁴⁵ EMD konkluderte med at de nasjonale domstolenes vedtak medførte en krenkelse av retten til familieliv. Begrunnelsen for EMDs konklusjon ble basert på en rekke ulike momenter. EMD la stor vekt på at de nasjonale domstolene tidlig hadde lagt til grunn at omsorgsovertakelsen ville være langvarig, og fastsatt samværets omfang i lys av dette. EMD mente at de nasjonale domstolene dermed vek fra målet om å gjenforene barnet med sine biologiske foreldre.

EMD var i tillegg kritisk til omfanget av samværet som var lagt til grunn. De mente at en samværsintervall, med opphold på uker eller måneder mellom samværene, ikke kunne bidra til å fremme en gjenforening av barnet og foreldrene.

EMD var imidlertid positiv til saksbehandlingen i de nasjonale domstolene, blant annet påpekte EMD at fylkesnemndas vurdering var grundig, likeledes tingrettens vurdering. EMD

⁴⁴ Jf. HR-2016-966-U

⁴⁵ Case of K.O and V.M v. Norway (norsk sammendrag) lovdata.no

påpekte særlig at tingretten hadde oppnevnt nye sakkyndige og klagernes interesser var beskyttet av en advokat i alle steg i saksgangen. EMD rettet imidlertid kritikk mot manglende begrunnelse både av samværsrettens omfang, men også konklusjonen om at barneverntjenesten fikk rett til å føre tilsyn med samværene. EMD påpekte at det kreves særskilt begrunnelse for at barneverntjenesten skal gis rett til å føre tilsyn med samvær. Avslutningsvis la EMD vekt på at de nasjonale domstolene ikke i tilstrekkelig grad hadde begrunnet hvorfor et samvær av større omfang enn fire til seks ganger i året, var i strid med barnets beste.

4.3.1.3 EMDs dom 6. desember 2018, *Jansen mot Norge*

Saken gjaldt spørsmål om de nasjonale domstolenes vedtak om nektelse av samvær grunnet bortføringsfare var forholdsmessig. Moren var fra Romania, og tilhørte minoritetsgruppen rom. Da barnet ble født bodde mor og barnet hos mors familie. Morfaren utøvde vold mot barnets mor og kastet de deretter ut av hjemmet. Mor og barnet flyttet deretter inn på et familiesenter. Barnevernet fattet deretter akuttvedtak om omsorgsovertakelse. Etter tre måneder i beredskapshjem ble det besluttet at barnet skulle overføres til fosterhjemmet der hun i dag bor. Bakgrunnen var at beredskapsmoren etter samvær på beredsskapscenteret ble forfulgt av en bil. Føreren av bilen var en ung gutt, og bilen tilhørte barnets morfar. Det var flere lignende episoder som underbygget en kidnappingsfare for barnet. Barnets morfar ble dømt for grov legemsbeskadigelse, etter å ha knivstukket et nabovennepar av moren, fordi han mistenkte de for å hjelpe mor med å flytte til beredskapshjemmet.

Saken ble brakt inn for tingretten. Tingretten konkluderte med nektelse av samvær. De la avgjørende vekt på barnets beste, og den reelle bortføringsfaren som forelå på domstidspunktet. Foreldrene anket saken til lagmannsretten og Høyesterett, men lagmannsretten og Høyesteretts ankeutvalg besluttet at saken ikke skulle tillates fremmet til ankeforhandling.⁴⁶

Saken ble deretter klaget inn for EMD. Spørsmålet for EMD var hvorvidt myndighetenes vedtak og dom om samværsnekt var forholdsmessig i medhold av EMK artikkel 8 nr. 2. EMD la stor vekt på at vedtaket medførte brudd på familiebåndene mellom barnet og den biologiske moren. Videre kritiserte EMD lagmannsretten for å gi opp målet om gjenforening, og kun

⁴⁶ Jf. HR-2015-1452-U.

vektlegge risikoen for bortføring og følgene dette i så tilfelle kunne få. EMD påpekte at før vedtaket om samværsnekt ble fattet, var utgangspunktet at samværet skulle ha et omfang på fire ganger i året. EMD mente at dette ville redusere faren for at barnets oppholdssted ble kjent. Et spesielt moment i saken, var at EMD tok hensyn til barnets mulighet for å opprettholde sin rom-identitet. En beslutning om nektelse av samvær, ville etter EMDs oppfatning ha konsekvenser for dette. EMD la avgjørende vekt på at konsekvensene ved inngrepet i de biologiske båndene ikke var tilstrekkelig vektlagt i vurderingen. De konkluderte dermed med at vedtaket om samværsnekt ikke var forholdsmessig. Vedtaket medførte et brudd på EMK artikkel 8.

4.3.1.4 EMDs dom 17. desember 2019, A.S mot Norge

Saken gjaldt spørsmål om tilbakeføring og begrensnig i samværet mellom mor og hennes sønn. Saken startet med at morens familie og helsevesenet sendte inn bekymringsmeldinger til barnevernet da barnet var fire måneder gammelt. Det ble uttrykt bekymring vedrørende mors omsorgsevne. Barnevernet forsøkte forgjeves med hjelpetiltak for å forbedre situasjonen. De fattet deretter akuttvedtak etter bvl. §4-6, om midlertidig plassering i fosterhjem.

Fylkesnemnda fattet deretter vedtak om omsorgsovertakelse i medhold av bvl. §4-12.

Samværet ble fastsatt til to ganger i året, med en varighet på to timer, i tråd med bvl. §4-21.

Begrunnelsen for samværets omfang var barnets negative reaksjoner på tidligere samvær, samt at barnet ble ansett som særlig sårbart. Fylkesnemnda tok utgangspunkt i at fosterhjems plasseringen var langvarig. Formålet med samværet var at barnet skulle kjenne til sine røtter.

Moren brakte saken inn for tingretten med påstand om opphevelse av vedtaket om omsorgsovertakelse. Tingretten konkluderte med at vedtaket skulle opprettholdes. Samværet ble deretter begrenset til én time to ganger i året. Tilbakeføring ble ikke ansett som et mål.

Moren fremmet på nytt begjæring om opphevelse av vedtaket om omsorgsovertakelse, subsidiært begjærte hun hyppigere samvær. Fylkesnemnda avslo begjæringen. Mor ble samtidig ilagt kontaktforbud og ble nektet kjennskap til hvor barnet oppholdt seg. Moren anla sak for tingretten, men fikk ikke medhold. Mor anket deretter til lagmannsretten som nektet

anken fremmet. Mor anket videre til Høyesterett, men Høyesteretts ankeutvalg forkastet anken.⁴⁷ Deretter klaget mor saken inn for EMD hvor den ble tatt inn til behandling.

Spørsmålet for EMD var hvorvidt de nasjonale myndighetenes avgjørelse var i strid med retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Ved avgjørelsen om å ikke tilbakeføre barnet til moren, hadde tingretten lagt vekt på den begrensede kontakten mellom moren og barnet. EMD mente at tingretten ikke var berettiget til å trekke en slik konklusjon, ettersom den begrensede kontakten skyldtes et samværsomfang som var i strid med EMDs rettspraksis. Et annet moment EMD vektla i negativ retning var tingrettens saksbehandling. EMD anså det som oppsiktsvekkende at tingretten avfeide bevisene som talte i mors favør. EMD var kritisk til at tingretten nektet å oppnevne en ny sakkyndig. Tingrettens avgjørelse fremstod dermed som ubalansert. EMD konkluderte etter dette med at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8.

4.3.1.5 EMDs dom 17. desember 2019, *Abdi Ibrahim mot Norge*

Saken gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon for fosterforeldre, subsidiært nektelse av samvær. Barnets mor er av Somalisk opprinnelse, og er muslim. Barnet ble født i Kenya i november 2009. Mor hadde midlertidig oppholdstillatelse i Norge. Mor hadde etter ankomst til Norge behov for hjelp etter traumatiske opplevelser i Kenya. Hun og barnet fikk derfor plass på en foreldreinstitusjon i 2010. Det var på institusjonen de første bekymringene tilknyttet mors omsorgsevne ble kommunisert. De ansatte på institusjonen var alvorlig bekymret for hvilke konsekvenser morens manglende omsorgsevne hadde for barnets liv og helse, og sendte derfor en bekymringsmelding til barnevernet.

Barnevernet fattet i første omgang vedtak om akutt plassering av barnet. Fylkesnemnda vedtok deretter at barnet skulle overføres til et fosterhjem gjennom omsorgsovertakelse.

Samværsretten ble fastsatt til fire ganger i året, med en varighet på to timer per gang.

Barneverntjenesten hadde rett til å føre tilsyn med samværene. Moren stevnet deretter barnevernet for tingretten med påstand om at vedtaket om omsorgsovertakelse måtte kjennes ugyldig. Tingretten stadfestet Fylkesnemndas konklusjon om omsorgsovertakelsen.

Tingretten utvidet imidlertid samværet til seks ganger i året, med to timers varighet.

⁴⁷ Jf.HR-2015-1425-U.

Utvidelsen av samværet ble begrunnet i barnets behov for ivaretagelse av sin kulturelle identitet.

Barnevernet sendte anmodning til Fylkesnemnda om fratakelse av foreldreansvar (fra mor) og samtykke til adopsjon etter bvl. §4-20. Fylkesnemnda gav barnevernet medhold, og begrunnet vedtaket i samværshistorikken der det fremkom at barnet hadde reagert negativt på samværene, det ble også lagt vekt på at barnet var svært sårbart psykisk.

Mor brakte saken inn for tingretten, med påstand om opphevelse av fylkesnemndas vedtak. Tingretten kom til at mor skulle fratas foreldreansvaret og at fosterforeldrene skulle gis samtykke til å adoptere barnet. Mor anket saken til lagmannsretten, som under dissens opprettholdt vedtaket.⁴⁸ Mor anket videre til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg besluttet at anken ikke skulle tillates fremmet.⁴⁹ Mor klaget deretter saken inn for EMD. Saken ble behandlet i kammer. Spørsmålet for EMD var om vedtaket om tvangsadopsjon var forholdsmessig etter EMK artikkel 8 nr. 2.

Innledningsvis understreket EMD at selv om moren ikke hadde anlagt sak for de nasjonale domstolene om tilbakeføring, hadde myndighetene en positiv plikt til å fremme dette, av den grunn at en omsorgsovertakelse normalt er et midlertidig tiltak. På lik linje med A.S saken, kritiserte EMD de nasjonale myndighetene for å ha brukt den manglende kontakten mellom mor og barn som argument for adopsjon. EMD mente at de nasjonale myndighetene selv måtte bebreides for å ha lagt til grunn et samværsomfang i strid med EMDs praksis.

Lagmannsretten hadde lagt stor vekt på fosterforeldrenes rapport om at barnet hadde reagert negativt på samværene, og forkastet den sakkyndige rapporten til morens psykolog, der psykologen mente at reaksjonene kunne være et resultat av at barnet savnet sin mor. EMD var kritisk til at lagmannsretten kun vektla fosterforeldrenes rapport i vurderingen. EMD mente at myndighetene ikke hadde gjort noen tiltak for å fremme en familiegjenforening. EMD la avgjørende vekt på at hensynet til familieliv (det biologiske prinsipp) etter dette ikke var ivare tatt i tilstrekkelig grad. Konklusjonen ble dermed at myndighetenes vedtak medførte en krenkelse av EMK artikkel 8.

⁴⁸ Jf. LA-2014-205019.

⁴⁹ Jf. HR-2015-1929-U.

4.3.1.6 EMDs dom 10. mars 2020, Hernehult m.fl mot Norge

Saken gjaldt spørsmål om omsorgsovertakelse av tre barn. Det var knyttet bekymring til mors omsorgsevne. Det ble særlig påpekt at mor sykelliggjorde barna og det var grunn til å undersøke om mor led av Munchausen by proxy syndrom. Det at mor insisterte på at barna var syke, hadde særlig påvirket det eldste barnet. Barnet var så opphengt i sin egen sykdom at dette førte til at han ble ansett som funksjonshemmet i vesentlig grad.

Barneverntjenesten fattet vedtak om akutt plassering av barna. Deretter fremmet barnevernet krav om omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvar (tvangsadopsjon) for fylkesnemnda. Barneverntjenesten fikk medhold i kravet om omsorgsovertakelsen, men ikke i kravet om tvangsadopsjon. Foreldrene fikk rett til samvær med barna fire ganger i året med en varighet på en og en halv time, under tilsyn. Fylkesnemnda la vekt på mors sviktende omsorgsevner. Det ble i tillegg lagt vekt på at barna var svært sene i utviklingen og slet med elementære ting som hygiene og spisevaner. Foreldrene brakte saken inn for tingretten. Tingretten opprettholdt vedtaket om omsorgsovertakelse. Ved spørsmålet om samværets omfang reduserte tingretten samværet til to ganger i året med varighet på én og en halv time for den eldste sønnen. Samværet med de yngste barna ble fastsatt til én og en halv time fire ganger i året, i tråd med fylkesnemndas vedtak.

Foreldrene anket saken inn til lagmannsretten. Lagmannsretten kom til at mor sannsynligvis ikke led av diagnosen Munchausen by Proxy, men at hun likevel sykelliggjorde barna og at dette hadde negativ innvirkning på barnas utvikling. Lagmannsretten mente at underinstansene ikke hadde tilstrekkelig informasjon til å konkludere med hvorvidt foreldrene hadde god nok omsorgsevne eller ikke. Lagmannsretten mente at fylkesnemnda og tingretten hadde vektlagt den påståtte diagnosen i for stor grad, uten tilstrekkelige bevis.

Lagmannsretten konkluderte med tilbakeføring for det eldste barnet. Barnets ønske om tilbakeføring ble tillagt vekt, samt at hans helsesituasjon var bedre opplyst da saken var under behandling i lagmannsretten. Foreldrene fikk imidlertid ikke medhold for tilbakeføring av de yngste barna, da lagmannsretten fant at tilknytningsvilkåret i bvl. §4-21 første ledd var oppfylt. Foreldrene fikk utvidet samværet til seks timer, seks ganger i året. Lagmannsretten påpekte at samværets omfang ble fastsatt med bakgrunn i at omsorgsovertakelsen ble ansett som langvarig. Formålet med samværet var dermed at barna skulle vite om sine biologiske

røtter. Et annet formål var at brødrene skulle ha mulighet til å tilbringe tid sammen. Foreldrene anket til Høyesterett, men Høyesteretts ankeutvalg nektet saken fremmet.⁵⁰

Foreldrene klaget saken inn for EMD. Saken ble fremmet til behandling i EMDs kammer. Den rettslige problemstillingen for EMD var om vedtaket om omsorgsovertakelsen var forholdsmessig etter EMK artikkel 8 nr.2.

EMD var spesielt kritisk til fylkesnemnda og tingrettens behandling av saken. EMD la i negativ retning vekt på at de nasjonale myndighetene tidlig i prosessen hadde konkludert med at en omsorgsovertakelse ville være langvarig. EMD var kritisk til at samværets omfang var fastsatt i lys av dette. EMD mente at en samværsintervall på 1,5 time fire ganger i året ville avskjære målet om en mulig fremtidig familieegjenforening. EMDs kritikk knyttet seg også til begrunnelsen av omsorgsovertakelsen for de yngste barna. Det fremstod som at vurderingen av omsorgsovertakelsen ikke var gjort individuelt for hvert barn. Det virket som at omsorgsovertakelsen av de yngste barna i stor grad var basert på det faktum at omsorgen var overtatt for det eldste barnet. EMD var også kritisk til at de nasjonale myndighetene ikke hadde forsøkt å avhjelpe situasjonen med hjelpetiltak, før de konkluderte med omsorgsovertakelse. EMD konkluderte etter dette med at inngrepet ikke kunne anses forholdsmessig, og dermed medførte et brudd på EMK artikkel 8.⁵¹

4.3.1.7 EMDs dom 10. mars 2020, Pedersen m.fl mot Norge

Saken gjaldt fratakelse av foreldreansvar og adopsjon. Foreldrene led av psykisk sykdom og like etter fødselen ble det besluttet at barnet skulle plasseres i fosterhjem. Deretter flyttet mor og barn sammen på et familiesenter, med mål om tilbakeføring. Dette lot seg likevel ikke gjennomføre på grunn av mors manglende omsorgsevne og barnets manglende utvikling. Barnevernet fattet akuttvedtak om omsorgsovertakelse. Vedtaket ble deretter bragt inn for fylkesnemnda, som konkluderte med omsorgsovertakelse og gav foreldrene samværsrett på to timer, to ganger i året. Ved vurderingen av samværsrettens omfang la fylkesnemnda stor vekt på at omsorgsovertakelsen antakeligvis ville strekke seg over lang tid. Foreldrene stevnet deretter barneverntjenesten for tingretten. Tingretten sluttet seg imidlertid til fylkesnemndas vurdering. Noen år senere begjærte foreldrene på ny prøving i fylkesnemnda. Barnevernet

⁵⁰ Jf. HR-2015-1882-U.

⁵¹ Dommens ankefrist har ikke utløpt, dommen kan dermed ankes til EMDs storkammer frem til 10. juni 2020.

fremsatte krav om at foreldrene skulle fratas foreldreansvaret og samtykke til at fosterforeldre kunne adoptere barnet. Barnevernet fikk medhold i fylkesnemnda og foreldrenes samvær ble satt til fire timer, to ganger i året. Barnevernet fikk rett til å føre tilsyn med samværene.

Klagerne brakte saken inn for tingretten, med påstand om tilbakeføring. Tingretten kom til at vedtaket om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon skulle opprettholdes. Samværets omfang ble imidlertid minket til to timer, to ganger i året. Tingretten la vekt på at den sakkyndige la til grunn at barnet hadde fått en så sterk tilknytning til fosterhjemmet at en tilbakeføring ville være skadelig i medhold av bvl. §4-21 første ledd.

Foreldrene anket dommen til lagmannsretten. Lagmannsretten var uenige i tingrettens konklusjon om adopsjon av barnet, men kom til at omsorgsovertakelsen skulle videreføres og at samværet skulle utvides til tre timer, fire ganger i året. Barnevernet anket dommen til Høyesterett. Høyesterett konkluderte med at foreldrene skulle fratas foreldreansvaret og samtykket til at fosterforeldrene skulle adoptere barnet. Høyesterett påpekte at adopsjon fikk negative konsekvenser for foreldrene. De la likevel avgjørende vekt på at i de tilfeller der det var tale om langvarig omsorgsovertakelse, var terskelen lavere for å konkludere med adopsjon. Høyesterett mente dette var i tråd med lovgiverviljen, og at dette ville være den beste avgjørelsen for barnet.⁵²

Foreldrene klaget deretter saken inn for EMD. Saken ble behandlet i kammer. Spørsmålet for EMD var hvorvidt vedtaket om adopsjon var i strid med retten til familieliv etter EMK artikkel 8. EMD konkluderte med at retten til familieliv var krenket i foreliggende sak. EMD la vekt på at domstolene på et tidlig tidspunkt hadde konkludert med at omsorgsovertakelsen ville strekke seg over tid. Dermed ble målet om gjenforening fraveket på et tidlig tidspunkt. Et annet moment som dannet grunnlaget for EMDs konklusjon, var det svært innskrenkede samværet som var lagt til grunn. EMD mente at de nasjonale myndighetene ikke hadde gjort tilstrekkelig for å fremme en familiegjenforening. Etter EMDs oppfatning kunne de nasjonale myndighetene dermed bebreides for at de biologiske familiebandene ble brutt.⁵³

⁵² Jf. HR-2015-209-A.

⁵³ Dommens ankefrist har ikke utløpt. Dommen kan ankes til EMDs storkammer innen 10. juni 2020.

4.4 Hvordan vurderer EMD forholdet mellom hensynet til barnets beste og foreldrenes interesser?

Et fellestrekk ved avgjørelsene, er at det oppstår et spenningsforhold mellom hensynet til barnets beste på den ene siden og hensynet til foreldrene på den andre siden. I Strand Lobben-dommen la EMD til grunn at hensynet til barnets beste var av «*paramount importance*».⁵⁴

På tross av dette, hadde EMD innvendinger mot de nasjonale myndighetenes vektlegging av det biologiske prinsipp og hensynet til foreldrene. For å illustrere hvilken betydning EMD tillegger forholdet mellom barnets beste og foreldrenes interesser må særlig avsnitt 206 i Strand Lobben-dommen fremheves.

EMD uttalte her at: «*In instances where the respective interests of a child and those of the parents come into conflict, Article 8 requires that the domestic authorities should strike a fair balance between those interests and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents*».⁵⁵

EMD legger dermed til grunn at hensynet til barnets beste må tillegges stor vekt i avveiningen. EMD påpeker samtidig at dersom hensynet til barnets beste og hensynet til foreldrene er motstridende, vil barnets beste kunne gis forrang. Det oppsiktsvekkende med denne uttalelsen, er imidlertid ordlyden «*may override*». Ordlyden indikerer at barnets beste ikke nødvendigvis vil komme i første rekke i alle situasjoner, til forskjell fra norsk rett. Hvilken vekt hensynet til barnets beste skal tillegges, beror etter EMDs syn på sakens faktum og alvorlighetsgrad. En slik uttalelse tyder på at EMD tillegger hensynet til foreldrene stor betydning. Allerede her synes det å foreligge en forskjell mellom norsk rettspraksis og EMDs praksis.

En annen uttalelse i Strand Lobben-dommen illustrerer ytterligere hvilken betydning EMD tillegger hensynet til foreldrene og barnets beste. Domstolen uttaler i avsnitt 207 at: «*a parent*

⁵⁴ Jf. Strand Lobben-dommen avsnitt 204.

⁵⁵ Et slikt utgangspunkt er også lagt til grunn i samtlige av de senere avgjørelsene, se A.S-saken (avsnitt 60). Hernehult-saken (avsnitt 62), og Pedersen-saken (avsnitt 61).

cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken that would harm the child's health and development»

Etter EMDs oppfatning er foreldrene i henhold til artikkel 8 ikke berettiget til å kreve tiltak iverksatt som vil skade barnets helse eller utvikling. Hvordan ordlyden i EMDs uttalelse skal forstås i dette tilfellet, fremstår imidlertid ikke klart. Det virker som at domstolen snur problemstillingen. Problemstillingen tar ikke utgangspunkt i hvilken løsning som vil fremstå som den beste for barnet, men hvorvidt foreldrenes interesser vil skade barnets helse og utvikling. En slik problemstilling er noe ukjent i norsk kontekst, der det tas utgangspunkt i (og legges avgjørende vekt på) barnets beste. Dersom en slik forståelse legges til grunn, kan det virke som at barnets beste ikke vil være det avgjørende moment i alle saker ved motstrid mellom de nevnte hensyn.

En ytterligere uttalelse som synes å støtte opp om en slik betraktning, følger av avsnitt 208 i Strand Lobben-dommen. EMD legger til grunn at: *“However, when a considerable period of time has passed since the child was originally taken into public care, the interest of a child not to have his or her de facto family situation changed again may override the interests of the parents to have their family reunited”*.⁵⁶

EMD tillegger stabilitet og kontinuitet i barnets oppvekst stor vekt, spesielt i tilfeller der det har gått en viss tid fra omsorgsovertakelsen. EMD uttaler imidlertid også i dette tilfellet at hensynet til barnets beste *«may override»* hensynet til foreldrene.

Dette indikerer at barnets beste ikke nødvendigvis vil ha forrang for foreldrenes interesser, i denne type situasjoner. Det kan etter dette trekkes den slutning at barnets beste ikke nødvendigvis vil være det *avgjørende* moment i alle saker. På den ene siden fremstår de ovenfor nevnte uttalelsene noe vage, og det er usikkert hva EMD legger i ordlyden. På den annen side synes uttalelsene samlet sett å indikere at hensynet til foreldrene i enkelte tilfeller, og i ytterste konsekvens kan tillegges større vekt enn barnets beste. Dette er meget oppsiktsvekkende. Det neste spørsmål er imidlertid hvordan dette stiller seg i forhold til det biologiske prinsipp.

⁵⁶ Et slikt utgangspunkt ble også lagt til grunn i Jansen-saken, se avsnitt 90.

4.5 Hvordan vurderer EMD forholdet mellom hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp?

Det biologiske prinsipp og barnets beste er som tidligere nevnt de prinsippene som oftest står i motstrid til hverandre. Et moment som går igjen i samtlige av avgjørelsene, er at EMD kritiserer de nasjonale domstolene for å ikke tillegge det biologiske prinsipp tilstrekkelig vekt. For å danne en bedre forståelse av hvordan EMD vurderer prinsippene er det grunn til å trekke frem en rekke enkeltuttalelser fra EMD i de respektive dommene.

Den første uttalelsen som bør trekkes frem fremkommer av avsnitt 207 i Strand Lobben-dommen. Her legger EMD på den ene siden til grunn at: «*Generally, the best interests of the child dictate, on the one hand, that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit...*». På den annen side sier EMD at: «*...it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development*».⁵⁷

Med disse konstateringene deler EMD innholdet av barnets beste inn i to deler, der den ene delen tilskrives de biologiske båndene mellom barn og foreldre, og den andre delen tilskrives barnets rett til utvikling i et trygt miljø. EMDs uttalelser indikerer at det skal mye til for at samvær ikke lengre kan anses som det beste for barnet. Disse bemerkningene tyder på at EMD tillegger det biologiske prinsipp betydelig vekt.

Likeledes, støttes en slik oppfatning av EMDs uttalelse i samme avsnitt, der domstolen konstaterer at familiebånd kun kan brytes under «*very exceptional circumstances*». EMDs etterfølgende uttalelse i samme avsnitt understreker vektingen av det biologiske prinsipp ytterligere. Domstolen konstaterer at: «*everything must be done to preserve personal relations, and if and when appropriate to rebuild the family*». Uttalelsen sier noe om prinsippets det biologiske prinsipp rekkevidde i EMDs praksis. Etter EMDs oppfatning plikter de nasjonale domstolene å strekke seg langt muliggjøre en fremtidig familiegjenforening.

EMDs vekting av det biologiske prinsipp og barnets beste, kommer ytterligere til syne i Abdi Ibrahim-saken. EMD kom med innvendinger vedrørende de nasjonale domstolenes

⁵⁷ Det samme utgangspunktet ble fulgt opp i Jansen saken, se avsnitt 92.

balansering av det biologiske prinsipp og barnets beste. Lagmannsretten la i sin konklusjon stor vekt på konsekvensene av å flytte barnet fra fosterhjemmet. EMDs kritikk knyttet seg til at lagmannsretten ikke tok tilstrekkelig hensyn til konsekvensene av en permanent separasjon av moren og barnet. Dette sier noe om hvilken status det biologiske prinsipp har i EMDs rettspraksis.

Samtidig, indikerer dette at det eksisterer en forskjell i vektingen av prinsippene i EMDs rettspraksis og i norsk rettspraksis. I Abdi Ibrahim-saken ser det ut til at lagmannsretten legger avgjørende vekt på hensynet til barnets beste, mens EMD tillegger det biologiske prinsipp langt større betydning.

EMDs uttalelse i K.O og V.M-dommen støtter opp om en slik oppfatning. EMD konstaterte at: *«While the domestic authorities were obliged to facilitate contact to the extent possible without exposing A to undue hardship, in order to guard, strengthen and develop family ties, thus enhancing the prospect of being able to reunify the family in the future, the decisions on contact rights in this case aimed instead only at upholding A's cognitive and intellectual understanding of who her parents were»*.⁵⁸

Med dette sier EMD at myndighetene er forpliktet til å legge til rette for et så omfattende samvær som mulig. Dette må dog ikke medføre at barnet utsettes for unødig lidelse (*“without exposing A to undue hardship”*). Dette understreker det biologiske prinsippets status ytterligere. Uttalelsen sier også noe om hvilken rekkevidde EMD tillegger det biologiske prinsipp.⁵⁹

EMDs konklusjon i Jansen-saken, støtter opp om oppfatningen av det biologiske prinsippets særskilte status i EMDs-rettspraksis. Domstolen konstaterte at: *«In conclusion, although the Court accepts that the decisions of the national authorities were made in what they considered to be the best interests of the child and bears in mind that perceptions as to the appropriateness of intervention by public authorities in the care of children vary from one Contracting State to another (see paragraph 95 above), the Court holds that in the instant case, the potential negative long-term consequences of losing contact with her mother for A*

⁵⁸ Jf. avsnitt 69.

⁵⁹ Uttalelsen gir grunnlag for en rettspolitisk vurdering, se avhandlingens kapittel 5.2

and the positive duty to take measures to facilitate family reunification as soon as reasonably feasible were not sufficiently weighed in the balancing exercise.»

Her konstaterte EMD at de nasjonale domstolenes vedtak var i samsvar med oppfatningen av barnets beste i norsk rett. Likevel konkluderte de med at vedtaket var i strid med EMK artikkel 8, fordi de nasjonale domstolene ikke hadde lagt tilstrekkelig vekt på det biologiske prinsipp.

Hvorvidt EMD mente at de nasjonale domstolenes vedtak faktisk var til det beste for barnet eller ikke, fremstår som noe uklart. På den ene siden kan premissene tolkes slik at EMD godtok at vedtaket var i tråd med oppfatningen om barnets beste i norsk rett. EMD var likevel uenig i de nasjonale domstolenes vurdering av barnets beste. Dersom dette stemmer, kan det tyde på at EMD var uenige med de nasjonale myndighetene om hva som var til det beste for barnet i foreliggende sak. På den annen side kan premissene tolkes slik at EMD la til grunn at de nasjonale domstolenes vedtak var til det beste for barnet. De var likevel av den oppfatning at de nasjonale domstolene ikke hadde tatt hensyn til det biologiske prinsipp i stor nok grad. Avgjørelsen i sin helhet etterlater et inntrykk av at det er den sistnevnte tolkningen som er den riktige.

Analysen, sammenholdt med bvl. §4-19, uttalelser i forarbeidene og rettspraksis kan tyde på at det er en ulikhet i vektingen av prinsippene i norsk rett og i EMD. Både på den måten at det biologiske prinsipp kan synes å veie tyngre i EMD, og slik at foreldrenes interesser gis mer tyngde i vurderingen. I enkelte tilfeller kan dette gå direkte på bekostning av barnets beste. Samlet sett kan det etter dette sies at det er grunnlag for å hevde at barnets beste ikke i alle tilfeller tillegges *avgjørende* vekt i EMDs avgjørelser, til forskjell fra norsk rett.

4.6 Hvilken betydning har omsorgsovertakelsens lengde og målet om gjenforening for vurderingen samværets omfang i EMDs avgjørelser?

En annen problemstilling som dommene gir grunnlag for å drøfte dreier seg om fastsettelsen av samværets omfang. I Strand Lobben-dommen legger EMD til grunn at en omsorgsovertakelse i utgangspunktet skal anses som et midlertidig tiltak. I tillegg stadfester de utgangspunktet at: *«any measures implementing temporary care should be consistent with*

*the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child».*⁶⁰ EMD legger med dette til grunn at det overordnede målet med omsorgsovertakelse og samvær, er at en familiegjennforening skal finne sted.

EMD har i flere av avgjørelsene rettet skarp kritikk mot de nasjonale domstolene for at de på et for tidlig tidspunkt legger til grunn at en omsorgsovertakelse vil være langvarig. Det er etter EMDs oppfatning problematisk at samværets omfang fastsettes i lys av en slik oppfatning.

Dette var tilfellet i K.O og V.M-saken. De nasjonale domstolene tok utgangspunkt i at omsorgsovertakelsen var langsiktig. Domstolene la vekt på hensynet til stabilitet for barnet, og fastsatte etter dette samværet til to timer, seks ganger i året. Samværets formål var etter domstolenes oppfatning at barnet skulle ha kjennskap til sine biologiske foreldre. EMD var sterkt kritisk til konklusjonen. EMD mente at de nasjonale domstolene med en slik konklusjon, ga opp målet om gjenforening på et svært tidlig tidspunkt.

Et lignende utgangspunkt ble lagt til grunn i Pedersen-saken. Samværet var fastsatt til to timer, to ganger i året. EMD var kritisk til at de nasjonale domstolene baserte samværets omfang på en langsiktig omsorgsovertakelse. Det avgjørende for konklusjonen om omsorgsovertakelse knyttet seg til de biologiske foreldrenes mentale helseproblemer på det aktuelle tidspunktet.⁶¹ Det var en mulighet for at foreldrenes mentale helse vil endre seg til det bedre med tiden. EMD mente dermed at det ikke var grunnlag for å fravike målet om familiegjennforening på et så tidlig tidspunkt.

Det at de nasjonale domstolene tar utgangspunkt i at fosterhjemsplasseringen vil vare over tid, har store konsekvenser for en mulig fremtidig tilbakeføring. Dette illustreres i A.S-saken, der samværet først ble innskrenket, og deretter besluttet nektet. EMD understreket at da tingretten tok utgangspunkt i en langsiktig fosterhjemsplassering, innebar det at de gav opp målet om familiegjennforening. Det var etter EMDs oppfatning ikke grunnlag for å vike fra gjenforeningsmålet allerede på dette tidspunkt. En konsekvens av dette er at omsorgsovertakelsen går fra å være et midlertidig tiltak, til å bli et langvarig tiltak. Dess

⁶⁰ Jf. avsnitt 208.

⁶¹ Jf. avsnitt 67.

lengre tid barnet bor i fosterhjem, dess større tilknytning vil barnet få til fosterfamilien. Dette kan i praksis stenge døren for en mulig fremtidig tilbakeføring, etter bvl. §4-21.

De ovenfor nevnte eksemplene gjør det tydelig at EMD er av den oppfatning at en omsorgsovertakelse i utgangspunktet skal anses som midlertidig.

Spørsmålet er imidlertid om dette er en ufravikelig regel som gjelder i enhver sak om omsorgsovertakelse og samværsrett. Eller er det slik at EMD erkjenner at det i enkelte tilfeller er nødvendig tidlig i prosessen å legge til grunn at det ikke vil være aktuelt med tilbakeføring?

EMD kommer ikke med noen konkrete uttalelser eller eksempler på hvilke tilfeller det kan være aktuelt å ta et slikt utgangspunkt. De virker likevel å åpne for at det kan tas utgangspunkt i en langvarig fosterhjemsplassering. Dette illustreres i A.S-saken. EMD uttalte, med henvisning til Strand Lobben, at: *«the conclusion that the placement must be considered to be long-term should only be drawn after a careful consideration and also taking account of the authorities' positive duty to take measures to facilitate family reunification»*. EMD åpner med dette for at *kan* konkluderes med en langsiktig omsorgsovertakelse.

I Abdi Ibrahim-saken, ble et liknende utgangspunkt lagt til grunn: *«...the Court reiterates that until the authorities are justified in concluding – after careful consideration and also taking account of the positive duty to take measures to facilitate family unification – that the ultimate aim of reunification is no longer compatible with the best interests of the child, the care order should be regarded as a temporary measure, to be discontinued as soon as circumstances permit, and that any measures implementing temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child»*.⁶²

EMD legger til grunn at med mindre de nasjonale domstolene er berettiget til å konkludere med at målet om tilbakeføring ikke er i tråd med barnets beste, skal omsorgsovertakelsen anses som midlertidig. Dermed åpner EMD for at målet om gjenforening av barn og foreldre i enkelte tilfeller vil kunne fravikes. Terskelen er imidlertid høy. EMD stiller krav til at de nasjonale domstolene har foretatt en grundig avveining. I avveiningen må myndighetenes

⁶² Jf. avsnitt 61.

plikt til å fatte tiltak for å muliggjøre en familiegjenforening tas i betraktning. Dersom det etter dette kan konkluderes med at en fremtidig familiegjenforening vil stå i strid med barnets beste, kan det legges til grunn at en omsorgsovertakelse vil være langvarig. Et lignende standpunkt ble lagt til grunn i Hernehult-saken.⁶³

EMD har stilt seg kritisk til samværsintervallen de nasjonale domstolene har lagt til grunn. I K.O og V.M-saken påpekte domstolen at barnet var normalt fungerende og samværene hadde vært en positiv opplevelse for barnet og foreldrene. EMD mente at dette ikke i tilstrekkelig grad forklarte hvorfor en hyppigere samværsintervall enn fire til seks ganger per år ville være i strid med barnets beste. EMD mente at de momentene tingretten hadde vektlagt, kun tjente som vage henvisninger til barnets behov for stabilitet. Denne uttalelsen kan tyde på at i saker der samværet synes å fungere godt for både barnet og foreldrene, og der barnet anses for å fungere normalt, bør det legges en hyppigere samværsintervall til grunn.

Spørsmålet blir hvordan dette stiller seg i de tilfellene der samværet ikke fungerer like godt, og der det er grunnlag for å fravike målsettingen om en familiegjenforening. Kan man i de tilfellene likevel opprettholde et begrenset samvær ut fra hensynet til barnets stabilitet, slik de norske domstolene har gjort tidligere?

EMD sier ikke noe konkret om dette. I slike tilfeller vil antakeligvis barnets behov for stabilitet aktualisere seg i høyere grad, enn ved tilfeller som K.O og V.M-saken. EMDs uttalelse i Abdi Ibrahim-saken, kan imidlertid gi en indikasjon på EMDs standpunkt. I avsnitt 57 konstaterer EMD at:

“...the Court first emphasises that regardless of the applicant’s stand on continued foster care in the course of the adoption proceedings – and of whether the domestic authorities at that time might have been justified in concluding that the foster care placement, if X were not adopted, would be long-term – she and her son still had the right to respect for their family life.”

⁶³ EMD uttalte i avsnitt 74 i Hernehult-saken at en langsiktig omsorgsovertakelse«...should only be drawn after careful consideration and also taking account of the authorities’ positive duty to take measures to facilitate family reunification».

EMD konstaterer med dette at samværet har en stor verdi i seg selv. Videre i samme avsnitt følger det av EMDs uttalelse at:

“...Accordingly, although the applicant did not apply for family reunification to the domestic authorities, those authorities were nonetheless under the positive duty to take measures to facilitate the applicant’s and X’s continued enjoyment of a family life, at the minimum by maintaining a relationship by means of regular contact in so far as reasonably feasible and compatible the X’s best interests.»

EMD understreker med dette de nasjonale domstolenes plikt til å bevare og styrke familiebandene, selv der det ikke er fremmet sak om tilbakeføring. EMD legger til grunn at kontakten mellom barnet og dets biologiske foreldre bør opprettholdes i den utstrekning det er mulig og i samsvar med barnets beste. Uttalelsen sier noe om hvilken betydning EMD tillegger samværet. Selv i de tilfellene der målet om gjenforening er fraveket, har samværet etter EMDs oppfatning stor betydning. Samtidig inntar EMD et forbehold om at samværet i alle tilfeller må være i samsvar med barnets beste. Denne konstateringen tyder på at i det i enkelte tilfeller kan være anledning for å opprettholde et begrenset samvær, ut fra hensynet til barnet.

En uttalelse som støtter opp om et slikt synspunkt, er en tidligere nevnt uttalelse i Strand Lobben-dommen, vedrørende hensynet til barnets stabilitet. EMD legger til grunn at foreldrene ikke kan kreve at det iverksettes tiltak i så stor utstrekning, at det vil gå på bekostning av barnets helse og utvikling.⁶⁴ Det er hensynet til barnets beste som anvendes som målestokk for fastsettelsen av samværets omfang.

Samlet sett, kan det trekkes den slutning at i de tilfeller der målet om tilbakeføring er fraveket, har samværet likevel en stor verdi isolert sett. Samværets omfang bør i slike tilfeller fastsettes i så stor utstrekning som mulig, så fremt dette ikke vil være i strid med barnets beste. Det vil si at det i enkelte tilfeller *kan* være grunnlag for å opprettholde et begrenset samvær.

⁶⁴ Jf. avsnitt 207.

Terskelen er imidlertid høy, og det må godtgjøres at et samvær av større omfang enn det som fastsettes ville vært i strid barnets beste.

Et vesentlig større inngrep enn innskrenking av samvær, forekommer i de tilfeller der barnet og foreldrene blir nektet samvær med hverandre. Det er grunn til å drøfte hvorvidt EMD i de avgjørelsene dette gjelder, oppstiller en terskel for nektelse av samvær.

4.7 Kan det i lys av EMDs avgjørelser oppstilles en terskel for nektelse av samvær?

I Strand Lobben-saken, uttalte EMD at det må foreligge «*very exceptional circumstances*» for at brudd på familiebånd skal anses forholdsmessig.⁶⁵ Ordlyden «*very exceptional*» tyder på at det foreligger en høy terskel. Dette utgangspunktet har også fått betydning i avgjørelsene vedrørende samværsnekt. I Strand Lobben-saken var EMD kritisk til at de nasjonale domstolene ikke hadde gjort tiltak for å forbedre samværssituasjonen, før de fattet et vedtak som medførte brudd på familiebåndene.⁶⁶ Dette kan tas til inntekt for at EMD oppstiller et krav om at de nasjonale domstolene må forsøke å gjøre tiltak i samværets innhold, før det konkluderes med samværsnekt.

EMDs uttalelser i Jansen-saken, er illustrerende for hvilken terskel domstolen oppstiller for nektelse av samvær: «*According to the Court's case-law, measures that totally deprive an applicant of his or her family life with the child and are inconsistent with the aim of reuniting them should "only be applied in exceptional circumstances and could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests."*»⁶⁷

På samme vis som i Strand Lobben-saken, tar EMD også her utgangspunkt i at det foreligger en høy terskel for nektelse av samværsrett. Et slikt inngrep kun kan rettferdiggjøres dersom formålet med inngrepet kan begrunnes i hensynet til barnets beste. EMD oppstiller med dette to vilkår for at nektelse av samvær skal anses forholdsmessig. For det første må det foreligge

⁶⁵ Jf. avsnitt 207.

⁶⁶ Jf. avsnitt 221.

⁶⁷ Jf. avsnitt 93.

særegne omstendigheter. For det andre må vedtaket være i tråd med hensynet til barnets beste, som EMD tidligere har uttalt er: «*of paramount importance*».⁶⁸

En annen uttalelse i Strand Lobben-saken, støtter opp om oppfatningen av at EMD oppstiller en høy terskel for samværsnekt. I avsnitt 211 bemerket EMD med henvisning til Adele-saken, at: «*A stricter scrutiny is called for in respect of any further limitations, such as restrictions placed by the authorities on parental rights of access, and of any legal safeguards designed to secure an effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such further limitations entail the danger that the family relations between the parents and a young child are effectively curtailed*».

EMD innskrenker med dette konvensjonsstatenes skjønnsmargin, ved vedtak som fører til et større inngrep i familielivet, enn omsorgsovertakelse. Ordlyden tilsier at nektelse av samvær innbefattes. Det kan dermed sies at EMD innskrenker de nasjonale domstolenes skjønnsmargin ved saker som gjelder nektelse av samvær. Denne oppfatningen er også lagt til grunn i de senere avsagte avgjørelsene.⁶⁹ Konklusjonen er dermed at det i lys av EMDs avgjørelser oppstilles en høy terskel for nektelse av samvær, ved at et samvær kun kan nektes under særskilte omstendigheter.

Det er imidlertid ikke kun de rent materielle aspektene EMD har hatt innvendinger til. En annen side av EMDs kritikk er knyttet til selve saksbehandlingen. Dette kommer særlig til uttrykk i de avgjørelsene der det er tale om et samvær av begrenset omfang. Det er grunn til å se nærmere på hvilke krav EMD stiller til saksbehandlingen i disse avgjørelsene.

4.8 Hvilke krav stiller EMD til saksbehandlingen der det er tale om et samvær av begrenset omfang?

EMD har i flere av avgjørelsene kritisert de nasjonale domstolenes saksbehandling. Kritikken knytter seg til at de nasjonale myndighetene ikke har foretatt en balansert avveining av sakene, og at avgjørelsene ikke er fattet på et tilstrekkelig oppdatert grunnlag.

⁶⁸ Jf. Strand Lobben-saken avsnitt 204.

⁶⁹ Jf. Jansen-saken avsnitt 90, A.S-saken avsnitt 61-62, Abdi Ibrahim-saken avsnitt 55, Hernehult-saken avsnitt 63 og Pedersen-saken avsnitt 62.

I Strand Lobben-saken, stadfester EMD retningslinjene for saksbehandlingen og domstolenes beslutningsgrunnlag. Det følger av EMDs uttalelse at: *«In cases relating to public-care measures, the Court will further have regard to the authorities' decision-making process, to determine whether it has been conducted such as to secure that the views and interests of the natural parents are made known to and duly taken into account by the authorities and that they are able to exercise in due time any remedies available to them»*.⁷⁰ EMD oppstiller med dette krav om at foreldrenes synspunkter og interesser blir tilstrekkelig ivaretatt. I tillegg er det av betydning hvorvidt foreldrene har fått mulighet til å benytte seg av rettsmidler for å beskytte sine interesser.

I samme avsnitt presiseres ytterligere hvilke kriterier EMD oppstiller ved saksbehandlingen. EMD konstaterer at: *“What has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests and have been able fully to present their case”*

Vurderingskriteriet er etter dette hvorvidt foreldrene samlet sett, har vært tilstrekkelig involvert i hele prosessen. Foreldrenes synspunkter og interesser må være fremmet i tilstrekkelig grad. Sakens alvorlighetsgrad og faktum er etter EMDs oppfatning en viktig målestokk i dette henseende.

Strand Lobben-saken tjener som et eksempel der de nasjonale domstolenes avgjørelser ikke ble fattet på et tilstrekkelig oppdatert grunnlag. EMD var kritisk til at tingrettens avgjørelse om å avslå morens anmodning om oppnevning av en ny sakkyndig. Tingrettens avgjørelse var basert på en to år gammel sakkyndig rapport. Rapporten var utarbeidet i forbindelse med en tidligere hovedforhandling. To av de sakkyndige som hadde utarbeidet rapporten ble ført som vitner under hovedforhandlingen i tingretten. EMD påpekte at de sakkyndige ikke hadde foretatt nye undersøkelser. De sakkyndiges vitnemål ble dermed basert på undersøkelsene som var foretatt i tilknytning til den to år gamle rapporten.

Det at avgjørelsen om adopsjon ble basert på en to år gammel rapport, medførte etter EMDs oppfatning at morens endringer i livssituasjon ikke ble tatt hensyn til i tilstrekkelig grad.

⁷⁰ Jf. avsnitt 212.

Avgjørelsen om omsorgsovertakelse og samvær ble dermed ikke fattet på et tilstrekkelig oppdatert grunnlag.⁷¹

Likeledes, ble de nasjonale domstolene kritisert for saksbehandlingen i A.S-saken. EMD påpekte at saker der mors omsorgsevne må vurderes utfra hennes personlige egenskaper, og ikke på bakgrunn av en psykisk sykdom er utfordrende. Disse avgjørelsene må ofte baseres på vage og skjønnsmessige kriterier. I slike tilfeller er det derfor særlig viktig at avgjørelsen fattes på et bredt og oppdatert grunnlag.

Tingretten la stor vekt på en rapport fra fosterforeldrene vedrørende samværet. Det fremkom av rapporten at barnet hadde reagert negativt på samværene. To psykologer som moren hadde kontaktet, hadde imidlertid konkludert med at de negative reaksjonene på samværet kunne skyldes at barnet savnet sin mor. Tingretten avslo mors anmodning å oppnevne en uavhengig sakkyndig. De avslo også anmodningen om å gi mors psykolog anledning til å observere kontakten mellom henne og barnet. Dette var EMD svært kritisk til. Betraktninger om mors omsorgsevne og bakgrunnen for at barnet reagerte negativt på samværene, ble dermed kun basert på en rapport fra fosterforeldrene, samt uttalelser fra ansatte i barnehagen.

Saksbehandlingen utgjør en sentral del av bakgrunnen for at Norge blir dømt for brudd på menneskerettighetene i A.S-saken. Både Strand Lobben saken og A.S-saken viser viktigheten av at avgjørelser om omsorgsovertakelse og samvær blir fattet på et oppdatert og balansert grunnlag. Begrunnelsen må gi uttrykk for at domstolene har foretatt en balansert avveining.

Et inngrep i form av omsorgsovertakelse og regulering av samvær er et svært alvorlig inngrep i retten til familieliv. Dette er grunnen til at EMD stiller strenge krav til saksbehandlingen og begrunnelsen i disse avgjørelsene.

Det kan etter konkluderes med at EMD stiller krav til at avgjørelsene er tilstrekkelig begrunnet. Sakenes alvorlighetsgrad skjerper kravet til begrunnelsen. Det er viktig at sakene avgjøres på bakgrunn av et oppdatert faktum. Spesielt i de tilfeller der foreldrenes livssituasjon har endret seg, stiller EMD krav til at dette er hensyntatt i avgjørelsen.

⁷¹ Jf. avsnitt 223.

4.9 Hvordan stiller analysen seg i forhold til de nylig avsagte avgjørelsene i Høyesteretts storkammer?

Som nevnt innledningsvis i avhandlingen, har Høyesterett nylig avsagt to kjennelser og én dom i storkammer som berører avhandlingens problemstilling. Den første saken ble avsagt som kjennelse og er inntatt i HR-2020-661-S. Saken hadde sin opprinnelse i at tingretten hadde avsagt dom om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon. Foreldrene anket avgjørelsen, men lagmannsretten besluttet å nekte saken fremmet. Problemstillingen for Høyesterett var hvorvidt lagmannsretten skulle samtykke til ankebehandling.

Hovedproblemstillingen var om EMDs praksis (især Strand Lobben-dommen) medførte at EMK artikkel 8 var krenket, dersom tingrettens dom ble stående.

Høyesterett opphevet lagmannsrettens beslutning om å ikke ta saken inn til behandling. Høyesterett la vekt på at det forelå svakheter ved tingrettens beslutningsgrunnlag, dette gjaldt særlig endringene i mors livssituasjon. Etter Høyesteretts syn hadde ikke tingretten lagt tilstrekkelig vekt på verdien av samvær mellom barn og foreldre opp mot adopsjon på nåværende tidspunkt.

Den andre saken ble avsagt som dom, og er inntatt i HR-2020-662-S. Saken gjaldt spørsmål om omsorgsovertakelse og eventuelt samvær etter dette. EMK artikkel 8 og praksis fra EMD, særlig Strand Lobben-saken utgjorde de mest sentrale rettskildene. Høyesterett konkluderte med at det var grunnlag for omsorgsovertakelse. De økte imidlertid samværet fra fire til åtte ganger i året.

Den siste saken ble avsagt som en kjennelse, og er inntatt i HR-2020-663-S.

Hovedproblemstillingen var om lagmannsretten skulle samtykke til ankebehandling av mors sak vedrørende tingrettens avgjørelse om samvær, og fars anke over tingrettens avgjørelse om nektelse av samvær. Et sentralt spørsmål var hvorvidt det ville være i strid med EMK artikkel 8 og EMDs rettspraksis (Strand Lobben-saken) å la avgjørelsen bli stående. Høyesterett fant at det ikke forelå vesentlige mangler ved tingrettens avgjørelser og at det var riktig avgjørelse av lagmannsretten å ikke slippe sakene inn til ankebehandling jf. tvl. §36-10 tredje ledd bokstav c. Høyesterett fant heller ikke at dette ville medføre en krenkelse av EMK artikkel 8, og forkastet dermed ankene. Det vil i det følgende gis en redegjørelse av de prinsipielle uttalelsene fra Høyesterett. Spørsmålet er hvordan de nye avgjørelsene fra Høyesterett stiller seg i forhold til funnene som er lagt til grunn i avhandlingens analyse.

4.9.1 Høyesteretts syn på balanseringen av det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste

I HR-2020-661-S kom Høyesterett med en bemerkning i tilknytning til EMDs kritikk vedrørende vektingen av det biologiske prinsipp. Etter Høyesteretts oppfatning ligger det biologiske prinsipp ofte *«som en underforstått og delvis ikke uttalt forutsetning, mens hensynet til barnets beste trer tydeligst frem»*.⁷² Høyesterett påpeker imidlertid at det er viktig at det tydelig fremkommer at hensynet til familiebandene er vurdert. Det synes som at Høyesterett er av den oppfatning at de norske domstolene og EMD tillegger det biologiske prinsipp like stor vekt, men at dette ikke er like fremtredende i norsk rettspraksis. Høyesterett adresserer ikke problemstillingen om at de nasjonale domstolene og EMD vekter prinsippene ulikt. Høyesterett tar dermed et annet utgangspunkt til problemstillingen enn det som fremkommer av avhandlingens analyse.

4.9.2 Høyesteretts syn på samværets omfang og terskelen for samværsnekt

En av problemstillingene i analysen var betydningen av omsorgsovertakelsens lengde og målet om gjenforening, i forbindelse med fastsettelsen samværets omfang. I HR-2020-662-S understreker Høyesterett det overordnede målet er at barn og foreldre skal gjenforenes. Høyesterett konstaterer at en omsorgsovertakelse som hovedregel skal anses som midlertidig. Det legges videre til grunn at dette fordrer et samvær av en slik hyppighet og kvalitet at en gjenforening kan oppnås.

Vedrørende samværets omfang konstaterer Høyesterett at det må foretas en individuell vurdering i hver sak. Samtidig åpner Høyesterett for at det i enkelte tilfeller kan konkluderes med at en omsorgsovertakelse vil være langvarig. Høyesterett tydeliggjør imidlertid at samværets omfang må fastsettes i tråd med målet om gjenforening.

Høyesterett legger på samme vis som EMD en høy terskel til grunn for å fravike målet om gjenforening. Målet om gjenforening kan kun fravikes i de tilfeller foreldrene fremstår som *«særlig uegnet»*. Høyesterett legger videre til grunn at det må foreligge *«spesielle og sterke omstendigheter»* for at målet om gjenforening kan oppgis.⁷³

⁷² Jf. avsnitt 85.

⁷³ Jf. HR-2020-663-S avsnitt 141.

I de tilfeller der gjenforening ikke er mulig, påpeker Høyesterett at samværet likevel har en egenverdi, gjennom opprettholdelse av familieband. Dette gjelder så langt samværet ikke vil være til skade for barnet.⁷⁴

HR-2020-662-S kommenterer Høyesterett også den tidligere praksisen som har vært lagt til grunn i norsk rett. Høyesterett bemerker at Rt. 2006 s. 1672 ikke kan oppfattes som en standarnorm for samværets omfang i norsk rett. I avgjørelsen var det lagt til grunn et samvær på tre til seks ganger per år. Høyesterett understreker samtidig at omfanget av samværet må fastsettes konkret i lys av sakens omstendigheter.⁷⁵

I saker som gjelder nektelse av samvær, synes det å være samsvar mellom Høyesteretts og EMDs oppfatning. Både Høyesterett og EMD legger til grunn at det må foreligge særegne omstendigheter, for å konkludere med samværsnekt.

4.9.3 Høyesteretts syn på saksbehandlingen og kravet til begrunnelse

Vedrørende saksbehandlingen og begrunnelsen av avgjørelser, trekker Høyesterett den slutning at det er grunnlag for justeringer i norsk barnevernspraksis. Ved spørsmålet om oppnevning av sakkyndig, legger Høyesterett til grunn at det i utgangspunktet ikke stilles et krav om dette. Det må foretas en individuell og konkret vurdering i hver sak. Høyesterett understreker imidlertid at endringer i foreldrenes livssituasjon må *«vurderes på et tilstrekkelig bredt og oppdatert grunnlag»*. Spesielt der endringene kan ha betydning for foreldrenes omsorgsevne.⁷⁶

I samme avgjørelse retter Høyesterett kritikk mot tingrettens beslutningsgrunnlag. Høyesterett mener at tingretten ikke har foretatt en tilstrekkelig avveining av fordelene av adopsjon mot konsekvensene av svært redusert kontakt med mor og brudd på familiebandene i relasjon til far. Høyesteretts oppfatning på dette punkt virker å være i samsvar med funnene som har fremkommet av analysen.

Samlet sett gir Høyesteretts avgjørelser en indikasjon på at det bør foretas en rekke endringer i norsk samværspraksis. Det er imidlertid grunn til å stille spørsmål ved Høyesteretts

⁷⁴ Jf. HR-2020-661-S avsnitt 144.

⁷⁵ Jf. avsnitt 124 og 130.

⁷⁶ Jf. HR-2020-661-S avsnitt 158.

oppfatning om at det biologiske prinsipp tillegges lik vekt i norsk rettspraksis som i EMD. Funnene i analysen tyder på at det foreligger en skjevhet i vektingen av prinsippene.

5 Avslutning

5.1 Konklusjon- danner dette grunnlag for at det må foretas en endring i norsk samværspraksis?

Analysen har resultert i en rekke funn, som samlet sett danner et bilde av årsaken til at Norge er dømt for brudd på EMK artikkel 8. Et viktig funn i analysen er det biologiske prinsippets status i EMDs rettspraksis. Gjennomgangen av tidligere rettspraksis i norsk rett viser at barnets beste tillegges *avgjørende* vekt i vurderingene. Dette virker imidlertid ikke å være tilfellet i EMDs rettspraksis. Analysen viser at EMD har innvendinger mot de norske domstolenes vekting av det biologiske prinsipp. Dersom norsk rett skal være i samsvar med EMDs rettspraksis, er det tydelig at det biologiske prinsipp må tillegges større betydning i avgjørelsene. Dette tyder på at det er grunnlag for å foreta en endring i norsk samværspraksis på dette punkt.

Et annet funn i analysen knytter seg til vurderingene ved fastsettelsen av samværets omfang. I tidligere norsk rettspraksis synes det å foreligge en aksept for å tidlig i prosessen ta utgangspunkt i langvarig omsorgsovertakelse. Funnene i analysen tilsier imidlertid at det må foretas endringer i norsk samværspraksis på dette området. Terskelen for å kunne ta utgangspunkt i en langvarig omsorgsovertakelse, og fastsette et begrenset samvær må økes. Dette gjelder spesielt i de tilfellene der omsorgsovertakelsen er basert på vage kriterier som kan endre seg med tiden, slik som i A.S-saken.

Dersom terskelen for å legge til grunn at fosterhjems plasseringen vil være langvarig økes, vil dette også kunne medføre en økning i omfanget av samværet. Her må det imidlertid påpekes at hver sak må vurderes individuelt. Barnets sårbarhet, samt samværs historikken angir viktige retningslinjer. Funnene i analysen danner ikke isolert sett et grunnlag for økning av samværet på generell basis. Funnene i analysen viser imidlertid at i saker der samværet fungerer godt og barnet ikke anses særlig sårbart, kan det være grunnlag for å fastsette et samvær av større omfang enn tre til seks ganger per år.

Et annet viktig funn i analysen vedrørende samværets omfang, er at det kan tas utgangspunkt i en langvarig omsorgsovertakelse, ved enkelte tilfeller. Dette gjelder kun i de tilfeller der målet om tilbakeføring ikke kan opprettholdes, fordi det vil stride mot barnets beste.

Vedrørende spørsmålet om samværsnekt synes norsk samværspraksis å være i overenstemmelse med EMDs rettspraksis. Analysen konstaterer at det foreligger en høy terskel for at de biologiske foreldrene og barnet skal nektes samvær med hverandre. Funnene i analysen danner dermed ikke grunnlag for at det må foretas endringer i samværspraksisen på dette punkt. Myndighetenes plikt til å legge til rette for en familiegjensforening, fordrer at det gjøres tiltak for å forbedre samværet, før det konkluderes med nektelse av samvær.

Derimot viser analysen at det er grunnlag for endringer ved saksbehandlingen av avgjørelsene i nasjonal rett. Avgjørelser som berører de biologiske bånd mellom et barn og dets foreldre representerer et alvorlig menneskerettslig inngrep. Det må gjøres tiltak for å sikre at disse avgjørelsene fattes på et oppdatert grunnlag. Dersom dette forutsetter at en ny sakkyndig oppnevnes, så bør det godtas. Det må imidlertid påpekes at funnene i analysen ikke danner grunnlag for å oppstille et generelt krav om oppnevning av ny sakkyndig. Det avgjørende er at avgjørelsen fremstår balansert, og at den er fattet på bakgrunn av foreldrenes livssituasjon og omsorgsevne per dags dato. Et annet funn i analysen viser at det må forekomme en endring i relasjon til begrunnelsene av vedtak i fylkesnemnda og de nasjonale domstolene. Begrunnelsen må signalisere at det er foretatt en balansert avveining.

Samlet sett kan det trekkes den konklusjon at de nye avgjørelsene fra EMD danner grunnlag for at det må foretas endringer i norsk samværspraksis. Dersom disse endringene ikke gjennomføres, er det grunn til å anta at det i fremtiden vil avsies flere avgjørelser der Norge blir dømt for brudd på EMK artikkel 8.

5.2 Rettspolitiske betraktninger

5.2.1 Står prinsippet om barnets beste sterkere i nasjonal rettspraksis, enn i EMDs rettspraksis?

Én av de dypere liggende årsakene til at de nasjonale domstolene er dømt for brudd på EMK artikkel 8 i disse sakene, er at de etter EMDs oppfatning ikke tillegger det biologiske prinsipp større betydning.

EMD innleder samtlige av sine drøftelser med å understreke betydningen av barnets beste, det virker imidlertid som at når en kommer lengre ut i argumentasjonen blir hensynet til det beste for barnet gradvis overskygget av det biologiske prinsipp. Det må imidlertid påpekes at utgangspunktet for EMDs vurdering av saken og de nasjonale domstolenes vurdering, er noe ulik. De nasjonale domstolene foretar en realitetsavgjørelse av saken, mens EMD undersøker

om de nasjonale domstolenes avgjørelse har medført et brudd på en konvensjonsbeskyttet menneskerettighet. På den ene siden kan det dermed, på grunn av at EMD og de nasjonale domstolene har forskjellige utgangspunkt, virke som at EMD tillegger det biologiske prinsipp større vekt enn de nasjonale domstolene.

På den annen side er vurderingstemaet for EMD hvorvidt inngrepet er forholdsmessig. Dette fordrer også en drøfting av hvorvidt de nasjonale domstolenes avveiningen av prinsippene har fremstått balansert. EMDs konklusjon i Jansen-saken tyder på at barnets beste står sterkere i norsk rett enn i EMDs rettspraksis.⁷⁷

Et annet moment som støtter opp om et slikt synspunkt, er EMDs uttalelse i avsnitt. EMD uttalte at myndighetene var forpliktet til å legge til rette for et så omfattende samvær som mulig «*without exposing A to undue hardship*». Med denne uttalelsen legger EMD stor vekt på hensynet til det biologiske prinsipp.⁷⁸ Det er grunn til å stille spørsmål om EMD med en slik uttalelse legger en unødig stor byrde på barnet, og det kan stilles spørsmål til hvorfor EMD formulerer seg på en slik måte, i stedet for å ta utgangspunkt i hensynet til barnets beste. Dette sammenholdt med momentene som er påpekt under domsanalysen tyder på at hensynet til barnets beste står sterkere i norsk rett, enn i EMDs rettspraksis.⁷⁹

Faktum er imidlertid at Norge er bundet av EMK, og det er EMD som fastlegger rammene for hvordan EMK skal forstås. Dersom vi ikke gjør endringer i samværspraksisen vil Norge sannsynligvis bli domfelt på ny. Dersom vi imidlertid gjør disse endringene, kan det i ytterste konsekvens medføre at barnets beste ikke lenger vil være det avgjørende prinsipp. Et

⁷⁷ Se avhandlingens kapittel 3.6.

⁷⁸ Dekan ved det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen, Karl Harald Søvig har skrevet en ekspertkommentar på juridika.no der også han legger et slikt synspunkt til grunn. Søvig påpeker at han er usikker på om EMD med denne formuleringen pålegger barnet en for stor byrde. Se: <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-høstens-barnevernssaker-mot-norge> (sist lest 23.mai 2020).

⁷⁹ Professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo, Kirsten Sandberg har i sin ekspertkommentar på juridika.no lagt samme oppfatning til grunn, også hun stiller spørsmål ved at EMD med en slik formulering ikke tar utgangspunkt i hensynet til barnets beste. Se: <https://juridika.no/innsikt/Kommentar-til-Høyesteretts-storkammeravgjørelser-om-barnevern-etter-EMDs-dommer-mot-Norge> (sist lest 23.mai 2020).

interessant spørsmål som dermed oppstår er hvorvidt vi kan akseptere at Norge er bundet av en rettstradisjon som sier at barnets beste ikke skal være avgjørende?

5.2.2 Kan vi akseptere at Norge er bundet av en rettstradisjon som sier at barnets beste ikke skal være avgjørende?

En svært sentral del av barnets beste vurderingen, er hensynet til stabilitet i barnets oppvekst. Et barn har behov for stabile og trygge rammer i sin oppvekst. Prosessen vedrørende omsorgsovertakelse og samvær er svært belastende for et barn. Dette er også bakgrunnen for sperrefristen på 12 måneder i bvl. §4-21 annet ledd. EMD legger svært stor vekt på det biologiske prinsipp i sine avgjørelser, men det er ikke i alle saker det vil være til det beste for et barn å ha samvær med sine foreldre, og i disse sakene bør det fremdeles være anledning til å legge avgjørende vekt på barnets beste.

EMDs utpregede fokus på det biologiske prinsipp og hensynet til foreldrene kan medføre at disse hensynene overskygger, og til og med går på bekostning av barnets beste. Det er grunn til å spørre om Norge er villig til å akseptere dette? Det fremstår i utgangspunktet problematisk å besvare bekreftende på dette. All den tid barnets beste er tillagt avgjørende vekt både i barnevernloven, barnekonvensjonen, forarbeidene og norsk rettspraksis. Det er i alle fall grunn til å løfte frem denne problemstillingen i norsk rett, og drøfte den ytterligere i tiden som kommer.

Kildeliste

Lov

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven-Grl.).

Lov 17.juli 1953 om barnevern (opphevet ved vedtakelsen av barnevernloven av 1992).

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven-bvl.).

Lov 08.april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova-bl.).

Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven- mrl.).

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK).

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen) eller (BK).

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

Forarbeider

Prop 106 L. 2012-13 s. 82.

NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling, Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet.

Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) «Om lov om endringer i barnevernloven»

NOU 2016: 16 «Ny barnevernslov: Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse»

Ot.prp. nr. 44 (1991-1992)

Ot.prp. nr. 69 (2008-2009)

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1996 s. 1684

Rt. 1998 s. 782

Rt. 1998 s. 787

Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen)

Rt. 2011 s.1439

Rt.2012 s. 1832

Rt. 2014 s. 976

HR-2012-1956-U

HR-2015-209-A

HR-2015-1452-U

HR-2015-1882-U

HR-2015-1929-U

HR-2016-966-U

HR-2017-2015-A

HR-2019-1952-J

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

Underrettspraksis

LA-2014-205019

EMD

EMDs dom 25. April 1978, *Tyrer v. The United Kingdom*. Application no:5856/72

EMDs dom 7. august 1996, *Johansen v. Norway* (Adele). Application no: 17383/90

EMDs dom 11.juli 2002, *Christine Goodwin v. The United Kingdom*. Application no: 28957/95

EMDs dom 6. september 2018, *Jansen v. Norway*. Application no: 2822/16

EMDs dom av 10. september 2019, *Strand Lobben and others v. Norway*. Application no: 37283/13

EMDs dom 19. november 2019, *K.O and V.M v. Norway*. Application no: 64808/16

EMDs dom 17. desember 2019, *A.S v. Norway*. Application no: 60371/15

EMDs dom 17. desember 2019, *Abdi Ibrahim v. Norway*. Application no:15379/16

EMDs dom 10. mars 2020, *Pedersen and others v. Norway*. Application no: 39710/15

EMDs dom 10. mars 2020, *Hernehult v. Norway*. Application no: 14652/16

Generelle kommentarer fra FNs barnekomité

General Comment no 14 (2013) “*on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*”. UN doc. CRC/C/GC/14.

Litteratur

Fagbøker

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave., Fagbokforlaget 2018.

Bendiksen, Lena R. L. og Haugli, Trude, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave., Universitetsforlaget 2018.

Skoghøy, Jens Edvin A, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Artikler

Sandberg, Kirsten, ekspertkommentar i Juridika: «*Kommentar til Høyesteretts storkammeravgjørelser om barnevern etter EMDs dommer mot Norge*», Juridika.no <https://juridika.no/innsikt/Kommentar-til-Høyesteretts-storkammeravgjørelser-om-barnevern-etter-EMDs-dommer-mot-Norge> (sist lest 23.mai 2020).

Settem, Ola Johan, «*Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten*» Jussens Venner, 2016/3. s. 119-141.

Søvig, Karl Harald, ekspertkommentar i Juridika: «*Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge*», Juridika.no. <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-høstens-barnevernssaker-mot-norge> (sist lest 23.mai 2020).

Nettsider

<https://www.dagbladet.no/nyheter/emd-kjor-mot-norske-tvangsadopsjoner/72173782> (sist lest 8.mai 2020)

<https://www.nhri.no/menneskerettighetene/den-europeiske-menneskerettighetsdomstolen/> (sist lest 3.april 2020)

<https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/fns-barnekonvensjon/generelle-kommentarer-fra-fns-barnekomit/id573909/> (sist lest 31. mai 2020).

Case of K.O and V.M v. Norway (norsk sammendrag) lovdata.no (sist lest 3. mars.2020)

